Der Ausschluss von Willensmängeln bei der Aktienzeichnung und Kauf eines Aktienmantels

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

RUDOLF FRIEDRICH HENGGELER
von Unterägeri, Kt. Zug

Ernst Lang, Zürich 2 - 1943

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547621_0087

Der Ausschluss von Willensmängeln bei der Aktienzeichnung und Kauf eines Aktienmantels

nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

RUDOLF FRIEDRICH HENGGELER
von Unterägeri, Kt. Zug

Ernst Lang, Zürich 2 - 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 10. Juli 1941 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

INHALTSANGABE.

Einleitung 6

1. Kapitel: *Die Anfechtung der Aktienzeichnung* 7
§ 1. Der Ausschluß der Willensmängel 7
§ 2. Die Konstruktion des Betruges durch einen Dritten . . . 10
§ 3. Die Theorie der Interessenabwägung 17
I. Allgemeines 17
II. Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung 18
III. Die Klage der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Aktionär 20
IV. Die Klage der Gesellschaft und der Gesellschafter gegen den betrogenen Aktionär 25

2. Kapitel: *Der Kauf eines Aktienmantels* 31
§ 4. Allgemeiner Ueberblick 31
§ 5. Der Begriff des Aktienmantels 32
§ 6. Die wirtschaftliche Würdigung des Aktienmantels 34
§ 7. Die Verwertung und Verwertbarkeit des Mantels 41
§ 8. Die zivilrechtliche Zulässigkeit des Aktienmantelkaufes . . . 50

Schlußfolgerungen 61

Literaturverzeichnis 62

EINLEITUNG.

Die folgenden beiden Abhandlungen, Willensmängelausschluß bei der Aktienzeichnung und Kauf eines Aktienmantels, sind aus der Praxis des Bundesgerichtes über das Aktiengesellschaftsrecht herausgegriffen worden, um zu zeigen, daß es Rechtstatbestände gibt[1], die besser und einer lückenlosen Rechtsordnung entsprechender durch den Richter nach freiem Ermessen entschieden werden. Dadurch erleidet das geschriebene Gesetzesrecht — im Gegensatz zum Richterrecht — keine Einbuße, im Gegenteil wird dort, wo das wirtschaftliche Leben immer wieder neue Formen und Verhältnisse schafft, der Dynamik des Rechts in zulässiger Weise Rechnung getragen.

Des weitern sollen diese beiden Abhandlungen zeigen, daß das Bundesgericht in bestmöglicher Weise bestrebt ist, der Geschäftswelt gerecht zu werden, indem es einerseits ihr Vertrauen, d. h. die Verkehrssicherheit nach Möglichkeit fördert, anderseits aber auch nicht alles verneint oder verurteilt, was dem formalen und toten Buchstaben des Gesetzes nicht entspricht.

---

[1] Jedes Gesetz weist Lücken auf, entweder weil der Gesetzgeber einen Tatbestand nicht kannte, oder aber durch die gesetzliche Fassung nicht Tatbestände treffen wollte, die nicht zu beanstanden sind. Diese Lücken des Gesetzes auszufüllen, ist Sache des Richters.

1. Kapitel.

Die Anfechtung der Aktienzeichnung.

§ 1. *Der Ausschluß der Willensmängel.*

Unumgängliches Erfordernis für das Zustandekommen eines Vertrages nach dem schweizerischen Obligationenrecht ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Vertragsparteien[2]. Unser Gesetz bekennt sich also zur Willensäußerungstheorie, auch Vertrauenstheorie genannt. Das Postulat dieser Lehre besteht im Einstehen für jene Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf den zu begründenden Vertrag kundgetan worden sind. Solche Erklärungen können in Worten, Zeichen, oder in bloßem konkludentem Verhalten bestehen. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr muß in der Regel an dieser Haftung festgehalten werden, sonst könnte aus der Verkehrssicherheit allzu leicht eine Verkehrsunsicherheit sich entwickeln.

Daß aber die Willensäußerungstheorie nicht straff und konsequent durchgeführt werden darf, wird wohl niemand bezweifeln wollen, denn sie hätte Härten und Unbilligkeiten zur Folge, die eine Rechtsordnung weder bezwecken will, noch darf, will sie nicht wie ein Hemmschuh den Rechtsverkehr behindern. Um dieser Gefahr aus dem Wege zu gehen, hat der Gesetzgeber unter anderem in den Artikeln 23—31 OR die Bestimmungen von den Willensmängeln aufgenommen. Diese bestehen im wesentlichen Irrtum (OR 23 ff.), in der absichtlichen Täuschung (OR 28) und in der Furchterregung, oder der widerrechtlichen Drohung (OR 29/30). Die Aufzählung der Mängel des Vertragsabschlusses ist abschließend, nur diese sind wesentlich, während alle übrigen das Zustandekommen eines rechtsgültigen Vertrages nicht hindern könnnen.

---

[2] Art. 1 OR. Vergleiche auch Absatz 2: »Sie (die Willensäußerung) kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.«

Die Wirkung der Willensmängel kommt darin zum Ausdruck, daß der Vertrag zu Gunsten derjenigen Partei als unverbindlich erklärt wird, die beim Abschluß von einem Willensmangel behaftet war.

Es stellt sich nun die Frage, ob diese Grundsätze der Lehre von den Willensmängeln, die für das Vertragsverhältnis aufgestellt wurden, auch im Gesellschaftsrecht, beziehungsweise bei der Beitrittserklärung zu einer Aktiengesellschaft Anwendung finden? Da wir im Gesetz selbst keine diesbezügliche Bestimmung finden, so liegt die Versuchung nahe, mit dem Rechtsmittel der Analogie zu einem positiven Entscheide zu gelangen. Anderseits kehren wir aber wieder zu unserem Ausgangspunkt zurück, sobald wir mit dem argumentum e contrario operieren. Die Lösung muß daher notgedrungen auf einem anderweitigen Gebiete gesucht werden. Wo das gesetzte Recht auf eine Frage keine Antwort gibt, da greift der Richter subsidiär auf das Gewohnheitsrecht und fehlt auch ein solches, dann entscheidet er nach eigenem Ermessen[3]. Diese letzte Möglichkeit gibt also dem Richter die Ermächtigung, eventuelle Lücken im Gesetz durch eigene Rechtssetzung auszufüllen; dabei kommt natürlich dem Bundesgericht und seinen Entscheidungen die größte Bedeutung zu. Es ist nun zu untersuchen, ob das Bundesgericht eine Antwort auf die obige Frage gibt.

Es sei schon am Anfang vorweggenommen, daß die konstante Praxis des Bundesgerichtshofes die Geltendmachung von Willensmängeln, die bei einer Aktienzeichnung vorlagen, ausschließt[4]. Eine Anfechtung der Zeichnungserklärung wegen eines wesentlichen Irrtums, einer Drohung oder Täuschung kann deshalb nicht mit Erfolg durchgeführt werden. Wer Aktien zeichnet oder solche zu übernehmen sich verpflichtet, der kann sich nachträglich nicht auf einen Willensmangel berufen, er ist an seine Erklärung gebunden; eine Berufung auf die Bestimmungen von der Lehre der Vertragsmängel nach den Artikeln 23 ff. OR ist ausgeschlossen.

Der oberste Gerichtshof hat für diese seine Stellungnahme insbesondere zwei Begründungen angeführt, die hier von Bedeutung sind und denen in den folgenden Paragraphen volle Aufmerksamkeit zu schenken sein wird. Vorerst sei noch erwähnt, daß dem Bundesgericht bis auf den heutigen Tag ausschließlich nur Anfechtungen von Zeichnungserklärungen wegen Betruges zur Entscheidung vorgelegt worden sind. Diese Tatsache muß vor Augen gehalten werden,

---

[3] Vergl. Art. 1 Abs. 2 ZGB.

[4] BGE 5, 567; 15, 236 und 626; 32 II 101; 39 II 533; 41 III 147; 51 II 181.

um die beiden Begründungsversuche, auf die bereits hingewiesen worden ist, in ihrer Formulierung zu verstehen. Diese sind:

1. Die Konstruktion des Betruges durch einen Dritten.
2. Die Kundgebung nach außen (die Theorie der Interessenabwägung).

Bevor auf die beiden Begründungsversuche des Bundesgerichtes näher eingetreten wird, müssen wir uns noch über einen wesentlichen Punkt, der in den folgenden Ausführungen stets von entscheidender Bedeutung ist, Klarheit verschaffen. Dieser besteht darin, daß die rechtlichen Hauptmerkmale des Gesellschaftsvertrages einerseits und des gewöhnlichen rechtsgeschäftlichen Vertrages andererseits untersucht werden müssen. Mit anderen Worten: Worin ist juristisch das entscheidende Moment zu suchen, ob es im gegebenen Falle sich um einen einfachen rechtsgeschäftlichen Vertrag handelt oder ob man es mit einem ausgesprochenen Gesellschaftsverhältnis zu tun hat.

Dazu ist folgendes auszuführen: Beim gewöhnlichen Rechtsgeschäft hat der Vertragskontrahent A nur ein Recht auf die Gegenleistung seines Vertragsgegenkontrahenten B. Und umgekehrt hat der Vertragskontrahent B nur ein Recht auf die Gegenleistung seines Vertragsgegenkontrahenten A. Andererseits hat aber weder A noch B ein Recht auf Annahme der Erfüllung ihrer eigenen Leistungen, d. h. der Vertragskontrahent A hat, auch wenn er die Gegenleistung des B verlangt und erhalten hat, kein erzwingbares Recht, daß der Gegenkontrahent B seine Leistung entgegennimmt. Dem Vertragskontrahenten A steht keine Klagemöglichkeit zu, wenn z. B. B auf die Gegenleistung verzichtet hat. In der neueren Literatur bezeichnet man dieses Verhältnis als den Interessengegensatz.

Ein ganz anderes Rechtsverhältnis erblicken wir beim Gesellschaftsvertrag. Hier hat jeder Gesellschafter nicht nur ein Recht auf die Gegenleistung, sondern ebensosehr ein erzwingbares Recht auf eigene Leistung, d. h. z. B. Einlage seiner Zeichnungssumme. Die übrigen Mitgesellschafter können weder darauf verzichten, noch irgendwie die Kapitaleinlage verunmöglichen. Dieses Recht besteht unabhängig vom Willen der übrigen Mitgesellschafter. Nicht zu Unrecht spricht Müller-Erzbach[5] daher von einer Verselbständigungswirkung der Beitrittserklärung zu einer Handelsgesellschaft.

Nicht vollständig beistimmen können wir dem obenerwähnten Autor[6], wenn er behauptet, daß der Gesellschaftsvertrag kein Aus-

[5] a.a.O. S. 287.
[6] a.a.O. S. 306.

tausch — und kein gegenseitiger Vertrag im Sinne des allgemeinen Obligationenrechts ist. Dies ist aber unserer Ansicht nach nur teilweise richtig, nämlich insofern, als wir die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern ins Auge fassen. Intern, d. h. zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, wird aber insofern ein gegenseitiges Vertragsverhältnis gelten, als der einzelne Gesellschafter nicht nur eine Pflicht hat zu einer Einlage, sondern auch ein Recht z. B. auf Dividende. Diese Behauptung kann also juristisch nicht als Unterscheidungsmerkmal angesehen werden, sondern einzig und allein die Frage, ob der Gesellschafter neben der Pflicht auch ein unabhängiges Recht auf seine Leistung, d. h. auf seine Einlage hat, wie wir oben näher ausgeführt haben.

§ 2. *Die Konstruktion des Betruges durch einen Dritten.*

Die Abweisung, so erklärt das Bundesgericht[7], solcher auf Anfechtung einer Beitrittserklärung zu einer Aktiengesellschaft wegen Betruges gerichteten Klagen oder Einreden ist aus dem Gesichtspunkte erfolgt, daß der Betrug, auf den sich der Anfechtende berufe, in Ansehung des Prozeßgegners als ein von Dritten verübter Betrug anzusehen sei und daher gemäß Artikel 28 Absatz 2 OR die Verbindlichkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes nicht hindere. Waren hierbei die Gesellschaftsgläubiger die Prozeßgegner, so beruhte die Abweisung der Anfechtung darauf, daß diese ja nicht die Kontrahenten bei dem Uebernahmevertrag waren und daß, soweit die von ihnen geltend gemachten Rechte aus dem Gesellschafts- und Uebernahmevertrag durch Täuschung des beitretenden Uebernehmers begründet worden sind, die Irreführung nicht durch sie (Gesellschaftsgläubiger), sondern durch Dritte (Mitgesellschafter) bewirkt worden war. Wenn aber die Gesellschaft selbst Prozeßgegner war, so erfolgte die Abweisung der Anfechtungsklage unter dem Hinweis darauf, daß die Aktienzeichnung vor dem Zustandekommen der Gesellschaft den Gründern gegenüber stattgefunden habe, eine betrügerische Verleitung durch diese letzteren aber wiederum in Ansehung einer Gesellschaft, als Betrug eines Dritten und nicht der Gesellschaft, beziehungsweise ihrer Organe erscheine.

[7] BGE 32 II 101.

In einem weiteren Entscheide[8] hat sich der oberste Gerichtshof in demselben Sinne geäußert. Er argumentierte folgendermaßen:

»Sobald in der Aktienzeichnung eine Erklärung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erblickt wird, folgt daraus ohne weiteres die Unmöglichkeit einer Anfechtung der Zeichnung wegen eines durch die Organe der Gesellschaft verübten Betruges. Denn alsdann handelt es sich um den Betrug seitens Dritter; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber (übrigens auch nach OR 28, als der hier analog anwendbaren positiven Gesetzesbestimmung) kann eine Willenserklärung nicht deswegen angefochten werden, weil derjenige, der sie abgab, dazu durch Täuschung seitens eines Dritten verleitet worden war«.

Dieselbe Argumentation wird in Band 41 II 717 und in Band 39 II 533 der amtlichen Sammlung des Bundesgerichtes angeführt. Ferner findet sich noch ein Urteil der ersten Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 4. Dezember 1935 in Sachen Lina Wegmüller und Elsa Huggler gegen Hotel Dolderhorn AG. und Konsorten, das in der Zeitschrift »Schweizerische Aktiengesellschaft«, Jahrgang 8, Seite 89, veröffentlicht worden ist.

Das Bundesgericht bestimmte also, allerdings in Parenthese und das mit gutem Grunde, daß Artikel 28 Absatz 2 OR durch Analogieschluß zur Anwendung gelange[9]. Der Richter hat somit nicht versucht, den Ausschluß der Täuschungsanfechtung als Ausfluß des Gesellschaftsrechtes zu erklären, sondern er läßt vielmehr die Anwendung der allgemeinen Normen des Obligationenrechtes über die absichtliche Täuschung zu. Es ist zuzugeben, daß diese Gesetzesartikel juristisch einwandfrei per analogiam zur Anwendung gelangen können, sofern sie sich nur auf eine Anfechtung wegen Täuschung beziehen. Eine diesbezügliche analoge Anwendung kann aber nicht in ihrer totalen rechtlichen Tragweite erfolgen, sie muß eine Einschränkung erfahren, denn eine Anfechtung ist nur so lange wirksam, als der Aktienzeichner, ohne daß die Gesellschaft, beziehungsweise deren Organe davon Kenntnis hatten oder hätten haben können, von den Gründern der Gesellschaft getäuscht worden war. Die gleiche Stellung nimmt auch jener Käufer von Aktien ein, der von seinem Vertragspartner, dem Verkäufer, getäuscht worden war. Auch der weitere Tatbestand kann noch hinzugezählt werden, wo sich die Aktienzeichner oder Aktienkäufer und die Gesellschaftsgläubiger einander gegenüberstehen und die Täuschung von den Aktionären

[8] BGE 41 III 148.
[9] BGE 41 III 148. vide oben Bemerkung 5.

oder Organen der Aktiengesellschaft begangen worden ist. Auch in diesem Falle kann zur Not noch von einem Betrug seitens Dritter gesprochen werden.

Die Konstruktion des Betruges durch einen Dritten scheitert aber vollständig, wenn die Täuschung des Aktienzeichners zum Beispiel bei der Beitrittserklärung zur Aktiengesellschaft im Falle einer Erhöhung des Grundkapitals[10], oder bei der Uebergabe von Prioritätsaktien an den neu eingetretenen Gesellschafter durch die Organe der Aktiengesellschaft selbst erfolgt ist. Das gleiche trifft auch für den Fall zu, wo eine Gesellschaft eigene Aktien auf dem Börsenmarkte aufkauft und sie nachher nach eigenem Ermessen an einzelne Bewerber wieder veräußert und sich bei dieser Gelegenheit eines Betruges wegen unwahren Angaben über den Geschäftsgang[11] oder die zu erwartenden Dividenden schuldig macht. In allen diesen Fällen, die hier angeführt worden sind, müssen die betrügerischen Handlungen der Organe als Willensäußerungen der Aktiengesellschaft selber angesehen werden. Artikel 55 Absatz 2 ZGB bestimmt denn auch, daß die Organe die juristische Person, in diesem Falle also die Gesellschaft, sowohl durch den Abschluß von Rechtsgeschäften, als auch durch ihr sonstiges Verhalten als solche verpflichten. Es kann demnach von einer Täuschung durch Dritte in dieser Beziehung auf keinen Fall gesprochen werden[12].

Boesch[13] zieht die Linie weiter und möchte in gleicher Weise auch

---

[10] Das Reichsgericht (siehe Bd. 2 S. 134 der Entscheidungen des Reichsgerichtes) versuchte einmal den Beitritt zu einer Aktiengesellschaft anläßlich der Erhöhung des Grundkapitals der Aktienzeichnung einer noch zu gründenden Gesellschaft gleichzustellen. Danach erweitere sich die Gesellschaft durch den Akt der Kapitalserhöhung zu einem »neuen Selbst«. Daß dies aber nicht zutrifft, geht schon aus der Ueberlegung hervor, daß die Aktiengesellschaft durch die Erhöhung des Grundkapitals nur ihren Haftungsstock vermehrt, im Wesen ihrer Persönlichkeit jedoch unverändert fortbesteht.

[11] So hat sich zum Beispiel folgender Fall zugetragen: Eine Aktiengesellschaft wurde wegen schlechtem Geschäftsgang gezwungen, das Unternehmen samt der juristischen Persönlichkeit zu verkaufen, wobei die Verkäufer den Uebernehmern eine Dividendenausschüttung von 7% während 5 Jahren garantieren mußten. Dieser Betrag mußte dann alljährlich bezahlt werden, und er wurde als »Gewinn an Waren« auf der Aktivseite gebucht. Nach Ablauf der Garantiefrist wurden die Aktien zu einem Kurswert von Fr. 700.— (nominell Fr. 500.—) an geeignete Käufer abgeschoben, die sich durch die fünfjährige Dividendenausschüttung verlocken ließen. Kurz nach Uebernahme der Aktien sank der Kurs der Aktien auf Fr. 100.— herab. Hier liegt zweifellos ein wegen Betrug anfechtbares Rechtsgeschäft vor, abgesehen von einer Strafverfolgung wegen Fälschung der Bilanz (vide Artikel 164 und 172 Schweizerisches Strafgesetzbuch).

[12] Vergl. Guhl in der Zeitschrift »Schweizerische Aktiengesellschaft«, Jahrgang 7, S. 168.

[13] Beitritt zu Kapitalgesellschaften.

die Gründer einer Gesellschaft wie die Organe derselben haften lassen. Er bestreitet vorerst die von Bachmann[14] vertretene Theorie, daß die »neugegründete Gesellschaft« ein von den Gründern verschiedenes Rechtssubjekt sei. Die Gründer, so lautet seine Motivierung, können sehr wohl als Vorstand oder Vertreter der künftigen Gesellschaft betrachtet werden. Weil sich damit die Gesellschaft die betrügerischen Handlungen anrechnen lassen muß, wird die Berufung auf Artikel 28 Absatz 2 OR ohne weiteres hinfällig. Sodann, fährt der gleiche Autor weiter, ist die Gesellschaft auch regelmäßig bösgläubig, weil die Gründer, oder doch mindestens einer von ihnen, immer auch nach der Errichtung als Organ der neuen Gesellschaft tätig sein werden. Einer Berufung auf Artikel 28 Absatz 2 OR kann somit auch mangels Gutgläubigkeit nicht stattgegeben werden.

Das Bundesgericht hatte sich ebenfalls mit dieser Frage zu befassen, zwar liegt dieser Entscheid schon ziemlich weit zurück[15]. Der oberste Gerichtshof kam jedoch nach weiteren Ueberlegungen zu einem gegenteiligen Resultat. Er erklärte unter anderem, daß die Projektanten oder Gründer, wenn sie auch für die Begründung der Aktiengesellschaft tätig sind, doch nicht Stellvertreter derselben seien. Die Aktiengesellschaft erscheint vielmehr ihnen gegenüber als Dritter; ihre Rechte gegenüber dem Zeichner stützen sich unmittelbar auf dessen schriftliche Beteiligungserklärung. Danach kann denn, da eben Aktiengesellschaft und Gründer nicht identisch und auch die letzteren nicht die Stellvertreter der Gesellschaft sind, dem Anspruch der Aktiengesellschaft aus dem Zeichnungsscheine ebenfalls nicht die Einrede des Betruges wegen Handlungen der Gründer oder Projektanten entgegengehalten werden.

Wiener[16], auf welchen sich auch das Bundesgericht bei der obigen Begründung beruft, ist ebenfalls der Auffassung, daß die Täuschung durch jene Personen, die später zur Vertretung der noch zu gründenden Aktiengesellschaft als Organe vorgesehen sind und zur Zeit schon diese Funktion ausführen, keinen von der Gesellschaft zu verantwortenden Betrug darstelle. Diese Personen handeln lediglich auf ihre höchsteigene Verantwortung hin, da das Zustandebringen von Beteiligungen am Gesellschaftsvertrage keine Tätigkeit sei, die als in Geschäftsführung für die auf Grund des Gesellschaftsvertrages entstehende Aktiengesellschaft vorgenommen bewertet werden könne.

Auch das schweizerische Gesetz kennt zum größten Teile die oben

---

[14] Kommentar zum Obligationenrecht.
[15] BGE Bd. 15, S. 628.
[16] »Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht« Band 24, Seite 473.

erwähnte Begründung, indem es selbst in Artikel 645 Absatz 1 OR bestimmt, daß für alle jene Rechtsgeschäfte, die vor der Eintragung in das Handelsregister für die Gesellschaft getätigt worden sind, ausschließlich die handelnden Personen solidarisch und persönlich haften müssen. Ferner wird in Absatz 2 noch hinzugefügt, daß selbst dann die Gründer für alle diesbezüglichen Verpflichtungen haften, wenn sie die Tätigkeiten ausdrücklich nur im Namen der zu gründenden Gesellschaft vorgenommen haben, sofern sie nicht innert einer Frist von drei Monaten seit der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen werden. Uebernimmt die Gesellschaft rechtzeitig die vor ihrem Bestehen, aber im Hinblick auf die Entstehung, eingegangenen Verpflichtungen und Verbindlichkeiten, so wird jene Person, welche diese Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft abgeschlossen hat, befreit; nun haftet allein die übernehmende Gesellschaft. Es besteht in diesem Falle keine solidarische Haftung des Handelnden einerseits und der anerkennenden Gesellschaft anderseits.

Aber auch mit Hilfe dieser gesetzlichen Bestimmungen sind die oben dargelegten Begründungen Wieners und des Bundesgerichtes nicht einwandfrei, denn sie entbehren einiger juristischer Ueberlegungen. Als wichtigster Einwand kann in dieser Beziehung entgegengehalten werden, daß da, wo es sich um die Erwerbung von Rechten für die Gesellschaft handelt, auf der andern Seite auch eine Pflicht der Gesellschaft entsteht, gleichzeitig mit diesen Rechten die von den Gründern damit verbundenen Verbindlichkeiten zu übernehmen[17]. Es entspricht ohne Zweifel nicht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß nur die Rechte ohne die damit verbundenen Pflichten übernommen werden können. Wer sich Vorteile erwirbt, kann die damit untrennbar verbundenen Nachteile nicht ausschließen. Zu was für Zuständen würde das in der Rechtswelt führen!

Zum Ausgangspunkt zurückkommend wurde also festgestellt, daß bei betrügerischen Handlungen der Organe die Gesellschaft die Haftung für diese nicht ablehnen kann, indem sie mit der Einwendung operiert, es handle sich um Betrug seitens Dritter. Die Konstruktion des Betruges durch Drittpersonen versagt demnach hier restlos.

Diese Konsequenz haben aber weder das Bundesgericht noch die Vertreter der herrschenden Meinung gezogen, soweit noch Gesellschaftsgläubiger vorhanden sind. Und dies mit vollem Recht, denn

---

[17] Wieland Alfred in der »Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht«, Bd. 64, S. 94.

im umgekehrten Falle würde eine derartige Durchführung zu unbilligen Ungleichheiten den Aktienzeichnern gegenüber führen. Wenn nämlich eine Beitrittserklärung zu einer Aktiengesellschaft vor deren vollendeten Gründung (vor dem Eintrag in das Handesregister) erfolgen würde, so könnte — wie festgestellt wurde — eine Anfechtung dieses Rechtsgeschäftes wegen Betruges mit Erfolg nicht durchgeführt werden, dahingegen ist diese Möglichkeit dann gegeben, wenn die Zeichnung der Aktien anläßlich einer Erhöhung des Grundkapitals erfolgt und die Gesellschaft, beziehungsweise ihre Organe, sich einer Täuschungshandlung schuldig gemacht haben. Von einer Bevorzugung kann aber in Ansehung der Wesensgleichheit von Gründung und Kapitalserhöhung in Bezug auf die Aktienzeichnung nicht die Rede sein.

Als letztes Argument, das gegen die Annehmbarkeit der Konstruktion des Betruges durch Dritte spricht, mag noch der Umstand ins Feld geführt werden, daß diese Begründung des Bundesgerichtes nur für den Einwand der absichtlichen Täuschung Geltung beanspruchen kann. Die konstante Gerichtspraxis[18] läßt aber gar keine Mängel des Vertragsabschlusses zu, die der Aktienzeichnung anhaften. Damit ist auch der Beweis erbracht — entgegen der bundesgerichtlichen Justifikation —, daß der Ausschluß der Willensmängel beim Beitritte zu einer Aktiengesellschaft nicht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Obligationenrechtes unterliegen können[19]. Andernfalls ist es durchaus möglich und rechtlich begründet, daß diese Mängel des Vertragsabschlusses in andern Fällen, als dem vom obersten Gerichtshof bisher beurteilten Irrtum infolge arglistiger Täuschung sehr wohl zu einer wirksamen Einrede und Klage des die Zeichnung anfechtenden Mitgliedes auch gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger führen können, wenn zum Beispiel die Beitrittserklärung durch Drohung von Seite der Gesellschaft beziehungsweise deren Organe, ja selbst von einer Drittperson erfolgt ist. Von einer Gleichstellung der arglistigen Täuschung mit derjenigen der widerrechtlichen Furchterregung oder auch des wesentlichen Irrtums im Hinblick auf eine Anfechtung der Beitrittserklärung zu einer Aktiengesellschaft kann deswegen nicht gesprochen werden und entbehrt auch der rechtlichen Grundlage. Denn Artikel 29 Absatz 2 OR bestimmt, daß der Vertrag für den Bedrohten auch dann einseitig unverbindlich sei, wenn die Bedrohung von

---

[18] BGE 5, 567; 15, 236 und 626; 32 II 101; 39 II 533; 41 III 147; 51 II 181.
[19] BGE 41 III 147 (vide Bemerkung 5).

einem Dritten ausgegangen ist und die andere Vertragspartei von diesem Mangel des Vertragsabschlusses keine Kenntnis hatte, noch hätte haben können. Infolgedessen könnte daher — im Gegensatz zur absichtlichen Täuschung — ein Gesellschaftsgläubiger, auch bei Unkenntnis der vorhandenen widerrechtlichen Furchterregung, dem Aktienzeichner nicht die Einrede entgegenhalten, die Drohung sei von der Gesellschaft ausgegangen, er sei gutgläubig und daher werde sein Verhältnis zum Aktienzeichner in keiner Weise berührt.

Somit kommen wir zum Ergebnis, daß die Konstruktion des Betruges durch einen Dritten, welche auf der Vertragstheorie fußt, keine allgemein befriedigende Lösung auf die oben gestellte Frage zu geben vermag. Dessen ungeachtet finden sich einige Autoren[20], die an dieser Konstruktion festhalten trotz ihrer Mangelhaftigkeit, und der Gesellschaft gegenüber — die mit dem Aktienzeichner und der Person, die den Betrug vorgenommen hat, durch den Gesellschaftsvertrag verbunden ist — die Klage und Einrede nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes gelten lassen wollen. Durchwegs machen aber alle Vertreter hinsichtlich dieser Lehre[20] eine Einschränkung, indem sie mit Wieland[21] schreiben, daß

> »gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, deren Rechte auf dem einseitigen Schuldversprechen des Mitgliedes ihnen gegenüber beruhen — und damit auch gegenüber der Kapitalgesellschaft selbst, soweit sie im Interesse und in Vertretung ihrer Gläubiger zur dauernden Einverleibung der Mitgliederbeiträge in das Gesellschaftsvermögen verpflichtet ist —, nach den allgemeinen Grundsätzen über einseitige Rechtsgeschäfte beide Rechtsmittel versagen, weil die Arglist der Gesellschaft, als die eines Dritten, ihnen nicht entgegengehalten werden kann«.

Das Bundesgericht hat ebenfalls das unbefriedigende Ergebnis seiner Konstruktion erkannt und suchte aus diesem Grunde nach einer besseren Begründung. Dessen ungeachtet aber hielt es konstant an seiner bisherigen Praxis fest, beruft sich jedoch ausschließlich auf die Theorie der Interessenabwägung, oder wie es dies selbst ausdrückt[22], auf die »Kundgebung nach außen«, was praktisch auf das gleiche hinausläuft.

---

[20] Boesch, Carl Wieland, Wiener, Alfred Wieland.
[21] Alfred Wieland, a.a.O. S. 432.
[22] BGE 32 II 103.

§ 3. *Die Theorie der Interessenabwägung.*

I. Allgemeines.

Vorerst mag das Wort dem Bundesgericht gegeben werden, um ihm die Möglichkeit zu bieten, selbst seine neu gefundene Auffassung über den Ausschluß der Willensmängel beim Beitritt zu einer Aktiengesellschaft zu begründen. Es führt wörtlich aus[23]:

> »Auch nach schweizerischem Recht bedeutet die Zeichnungserklärung eine Kundgebung nach außen, den Gläubigern, aber auch den Aktionären gegenüber; während des Bestehens der Aktiengesellschaft und vor Durchführung der Liquidation mit den Gläubigern muß daher jedenfalls das Aktienkapital intakt bleiben. Aber es folgt daraus, daß die Kundgebung auch an die Gesamtheit gerichtet ist, noch weiter, daß auch nach der Auseinandersetzung mit den Gläubigern bei der Verteilung des Liquidationsergebnisses unter die Aktionäre, nicht ein einzelner Aktionär gegenüber der Gesellschaft mit der Behauptung auftreten kann, er sei durch Betrug zum Beitritt veranlaßt worden und fordere nun nicht sein Liquidationsbetreffnis, sondern seine Einzahlung zurück. Denn auch den Mitaktionären gegenüber gilt der Satz, daß das Aktienkapital intakt bleiben müsse, und es würde . . . eine Rangstellung unter den . . . Aktionären geschaffen, die mit ihrer gleichmäßigen sozialrechtlichen Stellung unvereinbar ist«.

Der oberste Gerichtshof kommt demnach in dieser Begründung zum Schluß, daß die Aktienzeichnung eine Kundgebung nach außen bedeute und zwar nicht nur

a) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern auch
b) gegenüber der Gesamtheit der Mitaktionäre.

»Gegenüber der Gesamtheit der Mitaktionäre« will besagen, daß nach einer eventuellen Befriedigung der Gläubiger einer Aktiengesellschaft im Liquidationsstadium kein Aktionär das Vorrecht vor seinen Mitgesellschaftern genießt, seine Einlage von dem noch verbleibenden Vermögen herausverlangen zu können, indem er die Behauptung geltend macht, er sei durch eine Täuschungshandlung zum Beitritt bewogen worden. Trifft dieser Einwand zu, so bleibt er dennoch den Mitaktionären gleichgestellt, das heißt er hat lediglich ein Recht auf eine seiner Einzahlung entsprechende Liquidationsquote[24].

---

[23] BGE 32 II 103.
[24] Vergleiche Artikel 745 OR.

Es wird auf dieses Resultat noch einzutreten sein; um aber eine kritische Betrachtung und Beweisführung zu ermöglichen, wird vorerst die rechtliche Struktur und Bedeutung der Aktienzeichnung auseinanderzulegen und darzustellen sein.

II. Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung.

Als juristisch überaus gut fundierte Auslegung über das Wesen der Aktienzeichnung ist diejenige Wieners[25] anzusprechen, die denn auch auf die spätere Entwicklung einen bedeutsamen Einfluß ausgeübt hat. Nach ihm ist die Zeichnung

> »zunächst Erklärung des Beitrittes zum Aktiengesellschaftsvertrage, und diese Eigenschaft wird in der Regel bereits ausreichen, um die Rechte der eingetragenen Aktiengesellschaft aus derselben nach Maßgabe ihres Inhaltes zu begründen. Sie ist aber zugleich hiervon unabhängig selbständige Verpflichtungserklärung nach Maßgabe ihres Inhaltes gegen die auf Grund des durch sie geführten Beteiligungsnachweises zur Eintragung gelangende Gesellschaft«.

Wiener kommt also zu dem durchaus einleuchtenden Resultat, daß die Aktienzeichnung als eine Verpflichtungserklärung gegenüber den Gründern beziehungsweise der noch zu gründenden Aktiengesellschaft und ferner ebenfalls als selbständige Haftungserklärung gegenüber den zukünftigen Gesellschaftsgläubigern zu gelten hat. Dennoch ist die rechtliche Natur der Aktienzeichnung noch unklar, nämlich insofern man des weiteren zu beurteilen hat, ob die Zeichnungserklärung unter dem Begriff des Vertrages oder, dem ganzen Wesen des Gründungsvorganges nach, als einer Einheit unter dem Begriff eines Konstitutiv-, Status- oder Gesamtaktes zu bewerten sei. Die Ansichten darüber gehen in der ganzen diesbezüglichen Literatur auseinander. Einige der Autoren bekennen sich ausschließlich zur Vertragstheorie[26], während andere die Auffassung vertreten, es handle sich um einen Konstitutivakt[27]. Schließlich schlägt eine dritte Gruppe[28] den goldenen Mittelweg ein und erklärt, daß in der Aktien-

[25] a.a.O. S. 469.
[26] Wieland Alfred, a.a.O. S. 432.
[27] Wieland Carl und andere.
[28] Zum Beispiel Lehmann.

zeichnung ein Vertrag einerseits und ein Konstitutivakt anderseits zu erblicken sei.

Die Verfechter der letzteren Auffassung nehmen demnach an, in der Aktienzeichnung liege eine Doppelnatur vor. Intern nämlich kommt zwischen den Aktienzeichnern, die die zukünftige Aktiengesellschaft verkörpern, ein privatrechtlicher Vertrag zustande; extern dahingegen bezeichnet man das Rechtsverhältnis zwischen der vollendeten Gesellschaft und den mit ihr kontrahierenden Dritten, die dadurch Gläubiger oder Schuldner der Gesellschaft werden, als Konstitutiv- oder Gesamtakt. Dies ist wohl die annehmbarste Lösung. Zur gleichen Erkenntnis kommt auch Gyr[29]. Er schreibt u. a.:

> »Diese Schwierigkeiten lassen erkennen, daß die Unterstellung der Aktienzeichnung unter den Vertragsbegriff nicht möglich ist. Der Hauptunterschied zu den gewöhnlichen Vertragsschlüssen besteht eben darin, daß hier nicht oder nicht nur Rechtsverhältnisse unter den Parteien, sondern ein neues Rechtssubjekt geschaffen werden soll. Das Charakteristische liegt in der Beschaffenheit der einzelnen Willenserklärungen, die nicht übereinstimmend auf einen Austausch unter den Gründern gerichtet sind, sondern eine Summe von einseitigen Parallelerklärungen bilden, die der einzelne Zeichner nicht an die andern, sondern neben den andern abgibt. Sie bleiben aber an sich unselbständige Erscheinungen, indem sie bedingt sind durch das Zustandekommen der Körperschaft. Sie können also überhaupt nur gewertet werden im Rahmen des ganzen Gründungsvorganges als einer Einheit, eines Konstitutiv-, Status- oder Gesamtaktes.

Von dieser Rechtslage aus ist nun zu untersuchen, ob der betrogene Aktienzeichner bei der Grundkapitalserhöhung mit Erfolg die Einrede eines Willensmangels erheben kann. Ob der Aktionär, der zum Beispiel durch Betrug seitens der Gesellschaft zur Zeichnung von Aktien sich bewegen ließ und diese bereits einbezahlt hat, den eingelegten Betrag wieder zurückfordern kann; ferner, ob der absichtlich getäuschte Aktionär, der noch nicht voll einbezahlt hat, die Aktieneinlage unter Berufung auf den an ihm verübten Betrug verweigern kann.

Bevor aber auf die Untersuchung dieser Fragen eingetreten wird, mag noch kurz und ganz allgemein das Problem erörtert werden, ob der arglistig getäuschte Aktienzeichner des rechtlichen Schutzes sich

---

[29] a.a.O. S. 73.

nicht würdig erweist; oder wie Wieland[30] in einer seiner Abhandlungen, verzweifelnd auf die Tragik dieses Problems hinweisend, ausruft:

»Darf eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktionäre wirklich betrügen?«

In der gesamten Literatur wird diese Zumutung entschieden verneint und das mit vollem Recht, denn ein solches Zugeständnis müßte das Rechtsgefühl auf gröbste Weise verletzen. Während nun in der Theorie diesbezüglich Einigkeit herrscht, so gehen aber in der praktischen Durchführung die Meinungen doch wieder auseinander, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgeht.

III. Die Klage der Gesellschaftsgläubiger gegenüber dem Aktionär.

Das Klagebegehren der bei der Liquidation unbefriedigten Gesellschaftsgläubiger wird zunächst dahin lauten, daß der Aktionär für die ungedeckte Gesellschaftsschuld haftbar zu erklären sei und zwar in der Höhe des noch nicht einbezahlten Aktienbetrages. Gegen dieses Begehren macht nun ein Aktionär die Einrede geltend, daß er infolge arglistiger Täuschung nicht mehr an den Gesellschaftsvertrag gebunden sei, und deshalb bestehe für ihn die Pflicht zu einer weiteren Einlage nicht.

Mit Recht hat das Bundesgericht in konstanter Praxis[31] in solchen Fällen stets die Klage der Gesellschaftsgläubiger geschützt. Auch hat die herrschende Lehre diese Praxis gebilligt und erklärt[32],

»daß für die Unanfechtbarkeit der Aktienzeichnung vielmehr die Bedeutung maßgebend sei, welche der Zeichnungserklärung innerhalb des Gründungsvorganges mit Rücksicht auf die gesamte rechtliche Ausgestaltung der Aktiengesellschaft im Rechtsverkehr zukomme«.

Die Aktiengesellschaft ist eine reine Kapitalgesellschaft, deren Kredit auf dem von ihr veröffentlichten Grundkapital beruht. Und gerade die Bedeutung dieses Gesellschaftsvermögens in Ansehung Dritter ist ausschlaggebend für den Ausschluß der Willensmängel-

[30] Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 10, S. 216.
[31] BGE 5, 567; 15, 236 und 626; 19 II 732; 32 II 101; 39 II 533; 41 III 147, 51 II 181.
[32] Gyr, a.a.O. S. 78.

anfechtung und muß deshalb einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Das Gesellschaftsvermögen, für dessen Aufbringung die Zeichnungserklärungen verpflichten, ist Träger von eigenen Rechten und Pflichten. Sonst wird von der Rechtsordnung dem einzelnen nicht gestattet, einen Teil seines Vermögens so selbständig zu gestalten, daß diesem die Fähigkeit zukommen kann, Träger von Rechten und Verpflichtungen zu werden, welches Resultat, nämlich das Privileg der beschränkten Haftung, beispielsweise durch den Beitritt zu einer Aktiengesellschaft erreicht werden kann. Für die Gläubiger anderseits folgt hieraus, daß ihnen bei allen Gesellschaften mit begrenzter Haftung nur das Gesellschaftsvermögen mit Ausschluß der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter verhaftet ist[33]. Das Grundkapital, verkörpert in der AG, stellt sich also als selbständiges Rechtssubjekt dar. Klein[34] hat zutreffend ausgeführt, daß es ein wesentliches Wirtschaftserfordernis sei, daß die Gesellschaften im Geschäftsverkehr ungehemmt sich betätigen können, und fährt weiter:

> »Um zu prosperieren, müssen sie namentlich in dieser Hinsicht den physischen Personen möglichst gleichstehen. Dem Urbedürfnis einer Erwerbsgesellschaft nach rechtsgeschäftlicher Aktion haben mehrere Gruppen von Rechtssätzen ihr Dasein zu danken.«

Die Rechtsordnung und das Wirtschaftsleben selbst stellen für Entstehung und Bestand von Gebilden, welche ähnlich wie natürliche Personen im Rechtsverkehr als selbständige Rechtsträger auftreten wollen, bestimmte Voraussetzungen auf. Das Ziel einer jeden Erwerbsgesellschaft ist vor allem, eine solide Stellung zu erhalten, um die Konkurrenz mit dem Einzelkaufmann erfolgreich aufzunehmen, der für seine Geschäftsschulden mit dem ganzen Vermögen, das heißt nicht nur mit seinem Geschäftsvermögen, sondern auch mit dem Privatvermögen, unbeschränkt haftet und damit seinen Gläubigern ein Maximum von Sicherheit bietet. Aus diesem Grunde müssen von der Gesellschaft — in ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse — gewisse Kautelen gefordert werden, damit jene Personen, die mit ihr in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten wollen, nicht zu Schaden kommen.

Das Gesetz hat sich daher nicht nur mit der Kundgabe des Grundkapitals begnügt, sondern es stellt zugleich des weiteren noch Schutz-

---

[33] Wieland, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 64, S. 567.
[34] a.a.O. S. 34.

bestimmungen auf im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, dahingehend, ihnen den Haftungsstock möglichst intakt zu erhalten. Solche sind zum Beispiel die Norm über die Ausschüttung von Dividenden[35], die Einreihung des Grundkapitals auf der Passivseite in der Bilanz[36], die Herabsetzung des Grundkapitals[37], die Verteilung des liquidierten Vermögens[38]. Das sind nur einige wenige von den zahlreichen Vorschriften, die den Zweck verfolgen, dem Gläubiger Sicherheit zu geben, daß ihm das Gesellschaftskapital in der angekündigten Höhe zur Verfügung stehen werde und die ihm jederzeit ein Urteil über die für ihn in Frage kommenden Deckungsfonds ermöglichen sollen, ferner, daß ihm dieser Haftungsstock nicht auf mehr oder weniger raffinierte Art entzogen werden kann[39].

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß aus diesen Gesetzesbestimmungen der Wille des Gesetzes und der Rechtsordnung im allgemeinen klar ersichtlich ist, die Oeffentlichkeit dürfe nicht durch die dem guten Glauben zuwiderlaufende Machenschaften arglistig getäuscht werden. Die Interessen und eventuellen Ansprüche des einzelnen Mitgliedes müssen deswegen notwendigerweise zurücktreten, in erster Linie muß auf das billige Interesse der Allgemeinheit — das heißt derjenigen Dritten, die mit der Gesellschaft kontrahieren — Rücksicht genommen werden, das vornehmlich darin besteht, daß die Aktiengesellschaft auch so, wie sie im Handelsregister eingetragen wurde und ist, weiterbesteht und erhalten bleibt.

Das Bundesgericht hat dies auch richtig erkannt, wenn es in der Aktienzeichnung eine Kundgebung nach außen sieht[40] und wenn es deshalb verlangt, daß das Aktienkapital im Interesse der Gläubiger während des Bestandes der Gesellschaft und vor Durchführung der Liquidation intakt zu erhalten sei. Die Aktienzeichnung enthält hiernach eine für den Rechtsverkehr bestimmte Kundgebung mit der Tatsache, daß sich der Zeichner an der zu errichtenden Gesellschaft bis zu einem bestimmten Betrage beteilige. Einer solchen Beteiligungserklärung kommt die Wirkung zu, daß der Beitretende sich im Rechtsverkehr entsprechend seiner Kundgebung behandeln lassen muß, ganz gleichgültig, ob das Erklärte materiell richtig ist oder nicht. Ferner ist zu beachten, daß die kontrahierenden Dritten nur auf Grund des

---

[35] Artikel 675 OR.
[36] Artikel 688 OR.
[37] Artikel 732 OR.
[38] Artikel 744 OR.
[39] Klein, a.a.O. S. 36.
[40] BGE 32 II 103.

von der Gesellschaft veröffentlichten Aktienkapitals mit ihr in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten, und deshalb soll diesen Gläubigern auch ausschließlich dieses Vermögen haftbar sein für ihre Forderungen. Auch wurde oben dargelegt, daß dieses Gesellschaftsvermögen durch die Eintragung in das Handelsregister selbständige Rechtspersönlichkeit erwirbt. Nun treten aber wirtschaftlich gesehen die Kontrahenten nur mit diesem selbständigen Träger von Rechten und Pflichten in Verbindung. In diesem Rechtsverhältnis hat daher selbst nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen die Einrede des betrogenen Aktionärs keinen Einfluß.

Aus diesen Erwägungen kann also das durchaus befriedigende Ergebnis gezogen werden, daß die Interessen der Gesellschaftsgläubiger des rechtlichen Schutzes würdiger erscheinen als diejenigen des einzelnen getäuschten Aktionärs. Von Tuhr[41] kommt ebenfalls zur Auffassung, daß die Interessenlage der Gesellschaftsgläubiger dieses erhaltene Resultat bedingt.

> »Im Interessenkonflikt — so führt er aus — zwischen dem Schutze der Gläubiger in ihrem Vertrauen auf die Kreditwürdigkeit der Aktiengesellschaft und dem Schutze, der nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bei Willensmängeln eintreten soll, haben sich die Gerichte auf die Seite der Gläubiger gestellt und damit für diese Art von Rechtsgeschäften eine Abweichung von den Grundsätzen des bürgerlichen Gesetzbuches durchgesetzt. Nicht aus der Struktur der Gründung, sondern aus der Interessenlage ist dieser Rechtssatz zu erklären.«

Von Tuhr spricht in seiner Begründung neben dem Interesse noch von einem Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger. Tatsächlich ist dieses Moment des Vertrauens auf die Kreditwürdigkeit der Aktiengesellschaft in neuester Zeit[42] wieder besonders — wenngleich der Interessenabwägung entgegengestellt — hervorgehoben worden. Aus diesem Grunde muß noch kurz darauf eingetreten werden.

Boesch schreibt unter anderem[43]:

> »Ein noch so intensiver Rechtsschein vermag keine Aenderung der normalen Rechtslage zu bewirken, wenn ihm niemand vertraut. Denn nur das Vertrauen in den Rechtsschein ist zu schützen, nicht der Rechtsschein an sich. Aber auch das Vertrauen bedarf keines besonderen Schutzes, wenn es durch die

---

[41] Kommentar, 480.
[42] Boesch.
[43] a.a.O. S. 80 und 67.

wahre Rechtslage nicht enttäuscht wird. Neben dem Rechtsschein ist für den Vertrauensschutz also immer eine doppelte Voraussetzung nötig: ein Rechtssubjekt hält den Rechtsschein für die wahre Rechtslage und wird durch diesen Irrtum geschädigt. Nur wenn die wahre Rechtslage die auf den Rechtsschein gegründeten Erwartungen nicht zu erfüllen vermag, ist ein spezieller Schutz erforderlich.«

Das eingetragene Grundkapital bewirkt natürlich notwendigerweise den Schein in der Oeffentlichkeit, daß diese Summe der Aktiengesellschaft unwiderruflich zur Verfügung stehe, währenddem in Tat und Wahrheit die Verpflichtung des arglistig betrogenen Aktienzeichners zur Einlage seiner Aktiensumme nach allgemeinen Rechtsnormen des Obligationenrechtes nicht hinzugezählt werden könnte. Gutgläubige Dritte schenken diesem Rechtsschein, zumal es sich um einen auf einem öffentlichen Register beruhenden handelt, ihr volles Vertrauen in der Meinung, die wahre Rechtslage vor sich zu haben. Im Vertrauen auf dessen Richtigkeit resultieren dann auch die Rechtsgeschäfte, welche mit der Aktiengesellschaft abgeschlossen werden.

Im Interesse der rechtsgeschäftlichen Verkehrssicherheit — und nicht zuletzt für das Florieren der Aktiengesellschaft selbst — ist es daher geboten, die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens zu erhalten und, wenn immer möglich, zu verstärken. Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß der Aktienzeichner immer selbst den Rechtsschein veranlaßt, denn die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister erfolgt ja unter anderem nur auf Grund der Vorweisung der Beteiligungs- oder Uebernahmeerklärungen der zukünftigen Gesellschafter. Aus diesen Erwägungen und dem Bestreben der Rechtsordnung, den Rechtsschein nach Möglichkeit zu beseitigen und der wahren Rechtslage gerecht zu werden, ist das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger auf Kosten des den Rechtsschein veranlassenden Gesellschafters zu schützen. Die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichtes[44] hat nun das Vertrauen der Gläubiger auf die Art und Weise geschützt, daß die Geltendmachung von Willensmängeln bei der Zeichnung von Aktien ausgeschlossen wird.

Das Prinzip des Vertrauensschutzes krankt aber an der Tatsache, daß der Gesellschaftsgläubiger den richterlichen Schutz nicht in Anspruch nehmen darf, wenn er den Willensmangel des Aktionärs kannte. Für den Begriff des Vertrauensschutzes ist es ein wesentliches

---

[44] Vergl. Anmerkung 31, S. 20.

Erfordernis, daß der, welcher sich darauf beruft, in gutem Glauben gehandelt hat. Hier also im Glauben darauf, daß ein rechtsgültiger, unanfechtbarer Gesellschaftsvertrag vorhanden sei. Den Schutz trotz bösem Glauben kann die Rechtsordnung nicht akzeptieren. Daraus geht klar hervor, daß mit der Vertrauenstheorie allein nicht operiert werden kann, es muß vielmehr mit der Interessenabwägung kombiniert werden, um zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen. Das Erfreuliche ist aber die Tatsache, daß die bundesgerichtliche Praxis wie auch die gesamte Literatur, welcher Theorie sie auch huldigen, zu diesem richtigen Ergebnis gelangen, daß nämlich der Gesellschaftsgläubiger sich die Einrede der arglistigen Täuschung eines Gesellschafters, was die Verminderung des Haftungsstockes zur Folge hätte, nicht gefallen lassen muß.

IV. Die Klage der Gesellschaft und der Gesellschafter gegen den betrogenen Aktionär.

Da gegenüber den Gesellschaftsgläubigern die Einrede des durch arglistige Täuschung seitens der Aktiengesellschaft oder deren Gründer zum Beitritte veranlaßten Aktionärs darum versagt, weil die Rechte des Gesellschaftsgläubigers vom Gesellschaftsvertrage unabhängig sind, so wäre zu erwarten, daß sie wenigstens gegenüber der Aktiengesellschaft selbst durchzudringen vermöchte. Denn da die Rechte und Pflichten zwischen der Gesellschaft einerseits und den Gesellschaftern anderseits in erster Linie sich nach dem Gesellschaftsvertrage richten, so liegt die Vermutung nahe, daß mit der begründeten Anfechtung dieses Vertragsverhältnisses wegen Vorhandenseins von relevanten Willensmängeln auch alle dem Mitglied daraus erwachsenen Verpflichtungen hinfällig werden.

Dem ist aber nicht so, ungeachtet der obigen Darstellung erklärt das Bundesgericht kategorisch[45]:

> »Daß die Zeichnungserklärung als Kundgebung auch (neben den Gläubigern) an die Gesamtheit der Aktionäre gerichtet ist, noch weiter, daß auch nach der Auseinandersetzung mit den Gläubigern, bei der Verteilung des Liquidationsergebnisses unter die Aktionäre, nicht ein einzelner Aktionär gegenüber der Gesellschaft auftreten kann mit der Behauptung, er sei durch Betrug zum Beitritt veranlaßt worden, und fordere nun nicht sein

[45] BGE 32 II 103.

Liquidationsbetreffnis, sondern seine Einzahlung zurück, denn auch den Mitaktionären gegenüber gilt der Satz, daß das Aktienkapital intakt zu erhalten sei«.

Es ist deshalb in den folgenden Ausführungen die Untersuchung anzustellen, welche Motive das Bundesgericht zu dieser Erkenntnis geführt hat.

Als Hauptargument für die Rechtfertigung der Abweisung der Einrede des Betruges bei Anlaß einer Beitrittserklärung zu einer Aktiengesellschaft führt das Bundesgericht an, daß die Aktienzeichnung auch gegenüber den übrigen Zeichnern als Kundgebung zu gelten habe[46]. Was es aber unter einer Kundgebung versteht, darüber schweigt es sich aus. Wieland gibt die Definition, indem er sagt[47], daß eine Willenserklärung dann eine Kundgebung genannt wird, wenn sie öffentlich oder doch an eine Mehrheit von Adressaten gerichtet ist. Dieser Begriffsbestimmung kann aber nicht restlos beigepflichtet werden, da sie weder für den speziellen Fall der Aktienzeichnung zutreffend ist, noch als eine allgemeine Erklärung der Kundgebung rechtliche Gültigkeit beanspruchen kann. Denn die Oeffentlichkeit der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister hat doch ausschließliche Bedeutung vorerst nur für die Gesellschaftsgläubiger. Der Aktienzeichner erhält ja alle seine ihn interessierenden Aufschlüsse durch den Gründerbericht und speziell noch in der konstituierenden Generalversammlung, wozu er auf Grund seiner Zeichnung eingeladen wird. In dieser Generalversammlung kann sich der Aktienübernehmer ein übersichtliches Bild von der Gesamtlage des Unternehmens machen, und für ihn ist die Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister nur noch eine bloße vom Rechte geforderte Formsache. Deswegen kann mit gutem Grunde angenommen werden, daß die Oeffentlichkeit des Registers in erster Linie für die mit der Gesellschaft in Rechtsverkehr tretenden Drittpersonen bestimmt ist, während das Rechtsverhältnis zwischen den Aktienzeichnern einerseits und der Gesellschaft anderseits auf den Oeffentlichkeitsgedanken nicht angewiesen ist. Das Rechtsverhältnis zwischen den Aktienzeichnern unter den Begriff der Oeffentlichkeit zu subsumieren, ist tatsächlich ein wenig zu weit gegriffen, zumal die Aktienzeichnung ohne Zweifel vertraglichen Charakter hat. Diese Ueberlegung machte auch das Bundesgericht in einem seiner Entscheide[48]; es drückt seinen Zweifel darüber, ob die

[46] Vergl. auch Guhl, Schweiz. Aktiengesellschaft, S. 188.
[47] Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 10, S. 218.
[46] Vergl. auch Guhl, Schweiz. Aktiengesellschaft, S. 188.

Zeichnungserklärung eine Kundgebung gegenüber den übrigen Mitzeichnern sei, mit folgenden Worten aus:

> »Sollte es auch nicht richtig sein, daß die Zeichnung von Aktien eine Erklärung gegenüber den Mitaktionären enthalte, so enthält sie doch wenigstens eine solche gegenüber den Gläubigern.«

Damit anerkennt der oberste Gerichtshof, wenn auch nur unklar, daß die einzelnen Aktienzeichner durch ihre vertragsähnlichen Beitrittserklärungen an die Gründer untereinander ihre Rechte und Verpflichtungen begründen, woraus dann der Gesellschaftsvertrag resultiert. Aufbauend auf diese Grundlage ist die Folgerung von Alfred Wieland richtig[49]:

> »Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt, wiederum entgegen der herrschenden Meinung, die weitere Forderung, daß überall da, wo das Interesse der Gesellschaftsgläubiger gewahrt werden kann, dem Anspruch des Mitgliedes gegenüber der Gesellschaft freier Lauf gelassen werden muß, und zwar auch bei den Kapitalgesellschaften, beispielsweise also dann, wenn diese gar nie Gläubiger gehabt hat oder bereits alle befriedigt hat.«

Mit Hilfe der Ausführungen Wielands gelangt man also einen wesentlichen Schritt weiter. Er gibt demnach juristisch richtig begründet zu, daß die Einrede des Gesellschafters wegen arglistiger Täuschung durch die Gesellschaft — beziehungsweise ihrer Organe — ihr nicht entgegengehalten werden kann, wenn sie die Interessen der Gläubiger vertritt. Und dieses Interesse der Gesellschaftsgläubiger wird bestimmt immer dann vorhanden sein, wenn die Gesellschaft die noch nicht voll einbezahlten Aktienbeträge bei ihren Aktionären einfordert, wozu sie übrigens durch Gesetz[50] auch verpflichtet ist.

Nun ist noch die Frage ungelöst, warum der infolge eines Betruges in die Gesellschaft Eingetretene trotz dem vertragsähnlichen Charakter seiner Beitrittserklärung die Einrede des wesentlichen Irrtums, der absichtlichen Täuschung oder der Drohung gegenüber seinen Mitgesellschaftern nicht mit Erfolg geltend machen kann, wenn auch gar keine Interessen von Gesellschaftsgläubigern mehr vorhanden sind?

In diesem Falle mit der Theorie der Interessenabwägung zu operieren, stößt auch bei jenen Vertretern auf gewisse Bedenken, die

---

[49] a.a.O. S. 435.
[50] Vergl. Artikel 743 OR.

auch hier den Willensmangelausschluß befürworten. Man braucht bloß an den Fall zu denken, wo noch dieselben Personen die Aktiengesellschaft verwalten, welche seinerzeit die betrügerischen Angaben gegenüber den Aktienzeichnern oder Aktienkäufern gemacht haben. Diese sollen nun die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, der übrigen Aktionäre, der Aktiengesellschaft und auch noch ihre eigenen Interessen wahren. Dies ist menschenunmöglich[51]. Von einem Gewissenskonflikt zwischen den betrügenden Gesellschaftern und ihrem betrogenen Mitgesellschafter, der durch erstere zur restlosen Einzahlung der Aktiensumme aufgefordert wird, sei nur nebenbei Erwähnung getan. Daß hier kein schutzwürdiges Interesse dem getäuschten Gesellschafter entgegensteht, das seinem Interesse vorgehen könnte, wird wohl kaum bestritten. Ungeachtet dieser Mängel hält Staub[52] an der Ansicht fest, daß auch das Aktienkapital im Interesse der Aktionäre intakt zu erhalten sei:

> »Die Vorschriften über die Sicherung des Aktienkapitals sind nicht nur im Interesse der Gläubiger, sie sind auch im Interesse aller Aktionäre getroffen. Auch diese haben sich in der Erwartung, daß das eingetragene Kapital auch wirklich eingezahlt ist, beteiligt, auch für diesen Fall trifft daher das oben Gesagte zu (nämlich der Ausschluß der Willensmängelanfechtung).«

Daß die Aktionäre sich aber nur in der Erwartung beteiligt haben, daß das Grundkapital auch wirklich einbezahlt werde, scheint nicht gerade einleuchtend zu sein. Vielmehr gibt der Aktienzeichner seine Beitrittserklärung in der Erwartung, daß auch die in der Gründung begriffene Aktiengesellschaft in der Tat ins Leben tritt. Denselben Sinn legt auch das Gesetz[53] der Aktienzeichnung zugrunde, denn diese Erklärung verpflichte nur, wenn die Gesellschaft auch wirklich zustande komme.

Der Vollständigkeit halber sei noch kurz ein Wort über das Vertrauensschutzprinzip gesagt. Boesch[54], ein Vertreter dieser Theorie, gibt seine Meinung folgendermaßen kund:

> »Es ist behauptet worden, daß auf den durch das Handelsregister erzeugten Rechtsschein neben den Gläubigern auch die Mitgesellschafter vertrauen und in diesem Vertrauen durch Ausschluß der Willensmängel geschützt werden müsse. Gewiß be-

---

[51] Guhl, Schweiz. Aktiengesellschaft, S. 187.
[52] Kommentar § 189, Anmerkung 27.
[53] vergl. Artikel 632, Absatz 2 OR.
[54] a.a.O. S. 70.

steht auch den Mitgesellschaftern gegenüber der Rechtsschein des gültigen Beitrittes, doch wird dadurch nicht ein so »qualifiziertes« Vertrauen begründet, daß der außerordentlich weitgehende und für den anfechtenden Gesellschafter einschneidende generelle Ausschluß der Willensmängel gerechtfertigt wäre.«

Ueber dieses qualifizierte Vertrauen, welches dem Mitgesellschafter abgesprochen wird, läßt sich tatsächlich streiten. Es sei zum Beispiel nur auf den Fall hingewiesen — und so wird er bestimmt auch meist zutreffen —, wo der Aktienkäufer vor dem Kauf der Aktien das Handelsregister eingesehen hat. Hier macht er nichts anderes als der Gesellschaftsgläubiger, das heißt er vergewissert sich über den Vermögensstand der Aktiengesellschaft. Nun soll die gleiche Handlung des Aktienkäufers einerseits und des Gesellschaftsgläubigers anderseits zweierlei Vertrauen begründen, nämlich ein zu schützendes und ein rechtlich nicht relevantes Vertrauen. Diese Lösung befriedigt nicht, sie scheint verfehlt zu sein.

Daher ist die Begründung Fischers[55] schon eher zu akzeptieren, und sie kommt der Gerichtspraxis auch viel näher. So führt er denn aus, daß das Aktienkapital schon deshalb intakt zu erhalten sei, weil eine Aktie ein negotiables Papier darstelle und zu Spekulationszwecken häufig ihren Eigentümer wechsle. Die Schutzbestimmungen über das Grundkapital müssen also auch im Interesse zukünftiger Eigentümer von Aktien aufgestellt sein, da der Erwerber eines solchen Papieres ebenfalls darauf zählen darf, daß das Stammkapital nicht durch Zinsen und so weiter vermindert worden ist. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch die weitere Begründung des Bundesgerichtes[56] zu verstehen, daß durch die Zulassung der Willensmangelanfechtung eine Rangstellung unter den Aktionären geschaffen würde, die mit ihrer gleichmäßigen sozialrechtlichen Stellung unvereinbar ist. Besonders wenn neue Gesellschafter in die Aktiengesellschaft eintreten, verstößt es gegen Treu und Glauben im Verkehr unter den Gesellschaftern, wenn einzelne Mitglieder der Gesellschaft nachträglich ihre Einlage mit Hilfe einer Anfechtungsklage oder Einrede wegen Willensmangel beim Beitritte zurückverlangen können, um sich der Haftung zu entziehen. Zumal wird dies nicht dann geschehen, solange eine Aktiengesellschaft namhafte Dividenden ausschütten kann, sondern erst in dem Augenblick, wo die Gesellschaft in schwierige Lagen zu geraten droht. Daher ist es

[55] a.a.O. S. 55.
[56] BGE 32 II 103.

nicht nur sozialrechtlich, sondern auch als gutes und billiges Recht zu betrachten, daß die Gesellschafter auch in Notlagen die Verantwortung und Last miteinander tragen, so wie sie auch zusammen die Vorteile der Aktiengesellschaft, die diese ihnen während mehr oder weniger langer Zeit gewährt hatte, genossen haben.

Zum Schlusse ist noch einmal kurz zusammenfassend zu sagen, daß auch gegenüber den Gesellschaftern das Aktienkapital intakt zu erhalten sei, genau so wie gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Und diese Auffassung teilt auch das Bundesgericht[57] in konstanter Praxis.

Es ist aber nicht zu leugnen, daß diese Lösung dem Rechtsgefühl nicht voll Rechnung trägt und restlos befriedigend wirkt. Denn aus diesem Ergebnis, daß ein Aktionär schutzlos den Betrugshandlungen seitens der Gesellschaft ausgesetzt sei, müßte die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die tragische Frage Wielands[58] — darf eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktionäre betrügen? — bejaht werden müßte, und wohl niemand wird die gefährliche Wirkung eines solchen Eingeständnisses verkennen.

Um aber eine derartige von der Rechtsordnung ungewollte Konsequenz zu vermeiden und eine Milderung in bezug auf den absichtlich getäuschten Gesellschafter herbeizuführen, ist de lege ferenda der Vorschlag zu machen, daß nach einem allfälligen Vermögensüberschuß der liquidierten Gesellschaft nach Befriedigung der Gläubiger die betrügenden Gesellschafter keinen Vorteil aus der Täuschungshandlung erhalten, was dadurch ermöglicht werden könnte, daß der betrogene Aktionär bis zur Höhe seiner Einlage sich am Liquidationsanteil der betrügenden Gesellschafter erholen könnte.

---

[57] Vergl. Anmerkung 31, S. 20.
[58] Siehe Anmerkung 30, S. 20.

2. Kapitel.

Der Kauf eines Aktienmantels.

§ 4. *Allgemeiner Ueberblick.*

Der Kauf eines Aktienmantels, dessen Begriff weiter unten gegeben wird, ist im gleichen Maße wie der Ausschluß des Willensmangels bei der Aktienzeichnung eine Erscheinung, die im schweizerischen Recht, beziehungsweise im Obligationenrecht, keine Regelung gefunden hat. Daß die früheren Gesetzgebungen keine diesbezüglichen Bestimmungen über den Aktienmantelkauf enthalten, ist leicht begreiflich. Offenbar hat der Gesetzgeber an derartige Möglichkeiten, die sich erst im Laufe der Zeit im Wirtschaftsleben entwickelten, nicht gedacht. Aber auch jüngere Gesetze, so zum Beispiel auch unser revidiertes Obligationenrecht vom Dezember 1936, erwähnen den Ausdruck »Mantelkauf« in keiner ihrer Gesetzesbestimmungen, obwohl dieser Mantelhandel dem Gesetzgeber nicht unbekannt war[59]. So wurde der Rechtssprechung und der Literatur freie Bahn gelassen, sich über die rechtliche Gültigkeit des Mantelkaufes zu äußern. Von dieser Möglichkeit wurde denn auch ausgiebig Gebrauch gemacht, was in der Rechtsliteratur zu einem erschöpfenden Schrifttum geführt hat, wobei zum größten Teil für die Zulässigkeit des Mantelkaufes Stellung genommen wurde. Den Gerichten gaben relativ nur wenige Fälle Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Diese Tatsache will aber keineswegs besagen, daß dem Kauf von Aktienmänteln nur geringe Bedeutung beizumessen sei, im Gegenteil, diese Art von Rechtsgeschäften hat im Wirtschaftsleben einen nicht zu unterschätzenden Umfang erreicht. Der Grund liegt darin, daß solche Benutzungen von Gesellschaftsmänteln von den zuständigen Behörden sehr oft gar nicht bemerkt werden und deswegen auch nicht

---

[59] Hauser, a.a.O. S. 7—10.

an die Oeffentlichkeit dringen. Das Bundesgericht hat sich bis heute in nur fünf Fällen[60] mit dem Aktienmantelkauf zu befassen gehabt.

§ 5. *Der Begriff des Aktienmantels.*

Was man unter einem Aktienmantel oder Mantel einer Aktiengesellschaft[61] versteht, darüber ist in der gesamten Rechtsliteratur übereinstimmend mit der richterlichen Erkenntnis im großen und ganzen eine ungeteilte Auffassung erzielt worden. Eine kleine Nuancierung wird bloß in der Beziehung gemacht, als man den Gesellschaftsmantel mehr von der rechtlichen Seite oder mehr von der wirtschaftlichen Seite aus betrachtet.

Das Bundesgericht[62] definiert den Aktienmantel, vom wirtschaftlichen Standpunkt ausgehend, als:

> »Das rein formale Gebilde einer wirtschaftlich bereits liquidierten, juristisch aber noch nicht aufgelösten Gesellschaft, so daß der Kauf eines solchen Mantels lediglich den Erwerb der äußeren Rechtsform einer als juristische Person bestehenden Kapitalgesellschaft darstellt, die zufolge des Fehlens eines Unternehmens hohl, wirtschaftlich bedeutungslos geworden ist.«

Auch Danert[63] kommt in seiner Begriffsbestimmung der des Bundesgerichtes entgegen, indem er folgendermaßen formuliert:

> »Der Mantelkauf ist der Erwerb der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung), losgelöst von dem bisherigen Unternehmen mit dem Zweck, unter Benutzung lediglich der Rechtsform der schon bestehenden Gesellschaft ein anderes Unternehmen zu beginnen oder weiterzuführen.«

Es ist demnach also klar ersichtlich, daß der Mantel gesellschaftsrechtlich die Form der Aktiengesellschaft als solche, wie sie im Handelsregister eingetragen ist, darstellt in Abgrenzung ihres tatsächlichen, wirtschaftlichen Inhaltes, dem eigentlichen Geschäftsbetriebe. Der Mantelkäufer erwirbt dadurch bloß die äußere Rechtsform einer AG, die durch den Handelsregistereintrag verkörpert wird. Und dies ist das Wesentliche des Mantelkaufes, die Uebertragung der abstrakten Rechtsform einer Aktiengesellschaft.

---

[60] BGE 55 I 134, 192, 346; 64 II 361; 65 I.
[61] Hauser, a.a.O. S. 10.
[62] BGE 64 II 364.
[63] a.a.O. S. 3.

Vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet wickelt sich der Vorgang des Mantelkaufes aber anders ab. Wie noch weiter unten festzustellen sein wird, ist die rechtliche Erscheinungsform des Mantelkaufes nicht so klar und eindeutig zu erfassen, wie der im Mantelkauf enthaltene wirtschaftliche Vorgang. Wenn nämlich der Kauf eines Aktienmantels als Rechtsgeschäft näher juristisch untersucht wird, so ergibt sich in Wirklichkeit die interessante Feststellung, daß gar kein Kauf im Sinne des Obligationenrechtes vorliegt. Inhalt dieses Rechtsgeschäftes ist vielmehr eine Uebertragung von Aktien oder Anteilen der betreffenden Gesellschaft. Deshalb versteht Löbenstein[64] unter einem Mantel die Gesamtheit oder doch den überwiegenden Teil der Mitgliedschaftsrechte an einer einmal ordnungsgemäß existent gewordenen Kapitalgesellschaft, ohne Rücksicht auf das dahinterstehende Substrat. Danach erwirbt der Mantelkäufer nicht die äußere Rechtsform der Gesellschaft, sondern juristisch betrachtet einfach die Gesamtheit oder eine maßgebende Mehrheit von Aktien oder Anteilen einer Aktiengesellschaft. Diese Definition krankt aber an jener Ueberlegung, daß bei einem Kauf aller Aktien oder Anteile einer Gesellschaft oder auch deren überwiegenden Mehrheit nicht immer ein Mantelkauf vorliegen muß. Es kann ebensowohl die Möglichkeit vorliegen, daß ein Gesellschafter oder Dritter durch den Ankauf einer Anzahl Aktien oder Anteilscheine Großaktionär[65] werden will. Daher sagt das Bundesgericht mit Recht[66], daß in dieser Hinsicht — um Mißverständnissen vorzubeugen — besser von Kauf und Verkauf der Aktiengesamtheit oder Aktienmehrheit gesprochen werde.

Obwohl beide Begriffsbestimmungen, die wirtschaftliche wie die rechtliche, im Grunde genommen dem Aktienmantelkauf die gleiche Bedeutung beimessen wollen, so ist doch der wirtschaftlichen Definition der Vorzug zu geben. Damit ist aber die Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Mantelkaufes noch nicht abgeklärt. Zu diesem Zwecke mag vorerst seine wirtschaftliche Bedeutung untersucht und dargestellt werden. Dies wird den Beweis, ob dieses Rechtsgeschäft gesetzlich erlaubt sei oder nicht, wesentlich erleichtern und vereinfachen.

---

[64] a.a.O. S. 21.
[65] Auf den Unterschied wird weiter unten noch hingewiesen werden.
[66] BGE 64 II 364.

§ 6. *Die wirtschaftliche Würdigung des Aktienmantels.*

Für die Entstehung eines Aktienmantels können zwei Ausgangspunkte gewählt werden:

a) Es kann von der vorschriftsgemäß gegründeten Aktiengesellschaft ausgegangen werden, die im Laufe der Zeit ihren Wirtschaftsbetrieb eingestellt hat, ohne jedoch im Handelsregister die Löschung bewirkt zu haben. Diese Erscheinung von tatsächlich betriebslosen Gesellschaften ist auch die häufigste Art im Handel mit Aktienmänteln.

b) Der zweite Ausgangspunkt betrifft die sogenannte Mantelgründung. Bei ihr, auch Façon- oder Vorratsgründung genannt, wird eine Gesellschaft ins Leben gerufen und irgend ein Zweck und Gegenstand in das Handelsregister eingetragen, wobei alle Gesellschafter respektive Gründer von vornherein die Absicht haben, die Aktiengesellschaft zunächst nur als hohle Rechtsform entstehen zu lassen, den eingetragenen Gegenstand und Zweck aber erst lange Zeit später oder überhaupt nie zu verwirklichen im Sinne haben, sondern ihn (den Mantel) bei günstiger Gelegenheit durch Gesellschafterbeschluß zur Durchführung eines anderen Zweckes zu verwenden oder ein schon bestehendes Unternehmen in diese Gesellschaftsform zu kleiden beschließen[67].

Bei dieser letzteren Erscheinung spricht man eher von einem eigentlichen »Gesellschaftsmantel« im Gegensatz zu dem in a) erwähnten Aktienmantel. In dieser Untersuchung spielt jedoch nur der Aktienmantel eine Rolle, und im folgenden wird nur noch von diesem Falle zu handeln sein.

Wenn eine Aktiengesellschaft ihren Geschäftsbetrieb, der den wirtschaftlichen Inhalt der Statuten bildet, einstellt, sei es infolge Unrentabilität des Geschäftes, sei es infolge eines Beschlusses der Generalversammlung, so kommt Artikel 736 Ziffer 2 OR zur Anwendung. Diese Norm bestimmt ausdrücklich, daß über den Beschluß der Generalversammlung auf Auflösung der Gesellschaft eine öffentliche Urkunde zu errichten sei. Dieser, in der Urkunde festgehaltene Auflösungsbeschluß, wird im Handelsregister eingetragen[68] und im schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht. Durch diese öffent-

---

[67] Löbenstein, a.a.O. S. 9. »Man definiert daher die Mantelgründung am besten als Schaffung einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ohne daß zunächst der in der Satzung bezeichnete Zweck wirtschaftlich in Erscheinung treten soll. Sie kommen heute aber kaum mehr vor.

[68] Artikel 737 OR

liche Bekanntmachung werden die Gesellschaftsgläubiger von der Auflösung der Gesellschaft in Kenntnis gesetzt und erhalten zugleich die Aufforderung, ihre Ansprüche gegenüber der Aktiengesellschaft anzumelden[69]. In diesem Stadium setzt die Tätigkeit der Liquidatoren ein, deren Aufgabe in der Flüssigmachung und Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gläubiger, soweit sie eine Forderung gegenüber der Gesellschaft geltend machen können, und an die Aktionäre, soweit nach der Schuldentilgung noch ein Ueberschuß verbleibt[70], besteht. Die letzte Tätigkeit der Liquidatoren ist die Pflicht, das Erlöschen der Gesellschaft beim Handelregisteramt anzumelden[71].

Für die Entstehung eines Aktienmantels kommen aber folgende Erscheinungen nicht in Frage. Meistens besteht zwar ein Beschluß der Generalversammlung — wenn auch nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend — über die Einstellung des Geschäftsbetriebes. Einer derartigen materiellen Resolution sollte nach Gesetz[72] auch ein formaler Akt des Löschungsgesuches entsprechen. Hier liegt der springende Punkt. Kommt es nämlich nur zum materiellen Beschluß, und wird dieser tatsächlich in die Wirklichkeit umgesetzt, so existiert wirtschaftlich und de facto die Aktiengesellschaft nicht mehr. Hat nun die Generalversammlung die Auflösung der Firma beschlossen[73], ohne aber die erforderliche öffentliche Urkunde zu errichten, so kann die Löschung auch nicht beim Handelsregisteramt angemeldet und beantragt werden, de jure bleibt demnach die juristische Person weiterhin bestehen. Wir haben also das interessante Gebilde, wo das stärkere Leben einen tatsächlichen Zustand aufgelöst hat, die Rechtsordnung aber noch mit der Bedeutung der Registereintragung kämpfend erklärt, daß die juristische Persönlichkeit solange weiterbestehe, als die Löschung im Register nicht erfolgt sei. Und dieses hohle Rechtsgebilde wird als »Mantel« bezeichnet. Im Rechtsverkehr hatte man dann auch bald heraus, welches die Vorteile dieser juristischen Konstruktion sind und sie entsprechend ausgenutzt. So hat im Jahre 1928 auch schon der Bundesrat auf diese Handlungsweise in einer Botschaft an die Bundesversammlung hingewiesen[74].

[69] Artikel 742 OR.
[70] Artikel 745 OR.
[71] [72] Artikel 746 OR.
[73] Artikel 736, Absatz 1, Ziffer 2.
[74] Vergl. Bundesblatt 1928, Bd. 2, S. 259: »Es kommt vor, daß eine Aktiengesellschaft, die ihren Zweck tatsächlich aufgegeben hat, nicht zur Auflösung und Löschung schreitet, sondern in der Form einer Statutenrevision mit Aenderung des Gesellschaftszweckes ihren »Aktienmantel« an ein neues Unternehmen verkauft.«

Daß diese Mantelgründungen auch häufig vorkommen, beweist schon der Umstand, daß das Bundesgericht in einem einzigen Jahre drei derartige Machenschaften zu beurteilen hatte[75]. Das Gericht rückt solchen Mantelentstehungen hart auf den Leib und erklärt kategorisch, daß die Verpflichtung zur Anmeldung der tatsächlich erfolgten Auflösung einer Aktiengesellschaft auch dann bestehe, wenn ein förmlicher Auflösungsbeschluß im Sinne von Artikel 664 Ziffer 2 (altes) OR[76] nicht vorliege, die Aktiengesellschaft aber während längerer Zeit keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr entfaltet hat und von den Beteiligten in Wirklichkeit aufgegeben worden ist. Der materielle Beschluß, der in der Einstellung und Aufgabe des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft besteht, wird somit dem formellen Beschluß, das heißt der Errichtung einer öffentlichen Urkunde und deren Anmeldung an das Handelsregisteramt gleichgestellt. Damit erhält der Handelsregisterführer die Befugnis, bei einer solchen tatsächlichen Auflösung einer Gesellschaft dieselbe von Amtes wegen im Register zu löschen.

Diese Praxis des obersten Gerichtshofes ist als vernünftig und gerecht zu akzeptieren und verdient es nicht, angefochten zu werden. Der Aktiengesellschaft, die durch den Handelsregistereintrag zur juristischen Person erhoben wird, soll es nicht besser gehen als der natürlichen Person. Tritt der Tod der Gesellschaft ein, der durch Aufgabe des Unternehmens, des Lebensnerves der Gesellschaft, herbeigeführt wird, ganz gleichgültig, ob die Aufgabe ausdrücklich (durch Beschluß der Generalversammlung) oder rein tatsächlich erfolgte, so haben die ehemaligen Liquidatoren nicht eine moralische aber gesetzliche Pflicht, den Leichnam der juristischen Person auf die ihr eigene Art zu bestatten. Geschieht dies nicht freiwillig durch die früheren Mitglieder der erloschenen Gesellschaft, so haben die Behörden das Recht und sogar die Pflicht, diese Handlung von Amtes wegen vorzunehmen, das heißt sie haben die Löschung der Aktiengesellschaft durch den Registerführer von sich aus zu bewirken.

Die Frage aber, wann eine tatsächliche Auflösung der Gesellschaft im Wirtschaftsleben anzunehmen sei, wird einiges Kopfzerbrechen verursachen. Auch das Bundesgericht mußte zu diesem Problem Stellung nehmen[77]. Es antwortet in seiner Umschreibung negativ, indem es erklärt:

---

[75] BGE 55 I 134 und 192 und 346.
[76] Artikel 736, Ziffer 2, neues OR.
[77] BGE 55 I 346.

»Daß eine Aktiengesellschaft nicht als tatsächlich aufgelöst zu betrachten sei, wenn ihr Betrieb nur vorübergehend eingestellt, ihr Vermögen nicht vollständig liquidiert, sie selbst von den Beteiligten in Wirklichkeit nicht aufgegeben und die Gesellschaftstätigkeit im Rahmen der ursprünglichen Gesellschaftszwecke wieder aufgenommen wurde.«

Das Bundesgericht stellt also drei Bedingungen auf, die bei einer nicht tatsächlich aufgelösten Gesellschaft vorhanden sein müssen:

a) Eine nur vorübergehende Einstellung des Geschäftsbetriebes, wobei die Gesellschaft aber noch Vermögen aufweisen muß.
b) Der Wille der Gesellschaft, das Unternehmen in einem späteren Zeitpunkt wieder aufzunehmen und weiter zu führen.
c) Wiederaufnahme des ursprünglichen Zweckes durch die Gesellschaft.

a) Vorübergehende Einstellung des Betriebes.

Wie lange die Dauer der Betriebseinstellung einer Aktiengesellschaft sein muß, um eine tatsächliche Auflösung zu bewirken, oder wie lange eine Gesellschaft ihr Unternehmen stillegen darf, um nicht von Amtes wegen im Register gelöscht zu werden, das kann generell nicht beantwortet werden, dies muß vielmehr von Fall zu Fall entschieden werden. Eine allgemeine Regelung würde zu unbilligen Lösungen führen und ist daher nicht zu begrüßen. Die jeweiligen Verhältnisse bei einer in Frage stehenden Aktiengesellschaft werden dem Richter genügend Anhaltspunkte bieten, um festzustellen, ob in ihrem Fall eine wirkliche Auflösung angenommen werden muß oder nicht.

Eine Löschung kann dann nicht vorgenommen werden, wenn die Aktiengesellschaft trotz Betriebseinstellung noch ein Vermögen aufzuweisen hat. Das Vorhandensein dieser Tatsache wird darin konstatiert werden können, daß während der Stillegung des Unternehmens noch Gewinn- und Verlustrechnungen, sowie Verwaltungs- und Revisorenberichte ausgefertigt werden. Diese Vermögensverwaltung läßt eher auf eine vorübergehende Einstellung des Geschäftsbetriebes schließen und eine spätere — das heißt bei einer günstigeren Wirtschaftslage — Wiederaufnahme vermuten. Das oben Gesagte kommt aber in noch viel stärkerem Maße in jenen Fällen zum Ausdruck, wo Aktiengesellschaften durch die eingetretenen Konjunkturverhältnisse gezwungen werden, für unbestimmte Zeit auf die Wei-

terführung des Unternehmens zu verzichten, wobei sie aber in der Hoffnung auf bessere Verhältnisse ihren gesamten Gesellschafts- und Verwaltungsapparat beibehalten und eine Auflösung beziehungsweise Liquidierung nicht beschließen. Denn hier zeigt es sich noch deutlicher, daß nur eine vorübergehende Stillegung in Frage kommt und eine Löschung von Amtes wegen nicht vorgenommen werden darf.

Maßgebend für die Annahme, daß eine tatsächlich aufgelöste Gesellschaft vorliegt, ist demnach die Feststellung der Tatsache, daß die Betriebseinstellung eine dauernde genannt werden kann[78]. Das Kriterium der dauernden Einstellung eines Unternehmens kann in mannigfacher Art und Weise sich bemerkbar machen; als solche können zum Beispiel gelten, die Aufgabe der statutarischen Zweckbestimmung oder etwa die Rückzahlung des Aktienkapitals und Gesellschaftsvermögens an ihre Aktionäre, wobei es möglich ist, daß die Aktiengesellschaft schon bereits seit Jahren ihre Aktiven und Passiven liquidiert hat. Daß solche Gesellschaften nur noch in Papiergestalt ihr Leben fristen, steht außer allem Zweifel. Ueber derartige Verhältnisse bei Gesellschaften geben die amtlichen Berichte der eidgenössischen Steuerverwaltung und des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister auf Grund der Bilanzen und Erklärungen seitens der Verwaltungsratsmitglieder — da sie zum Beispiel bei solch gearteten Gesellschaftsverhältnissen keine unnötigen Steuern bezahlen wollen — den wissenswerten Aufschluß.

b) Die Absicht der Wiederaufnahme des Betriebes.

Ein weiteres Erfordernis für das Nichtvorhandensein einer in Wirklichkeit aufgelösten Gesellschaft ist die bestimmte Absicht der Beteiligten, wobei wir dem oben in a) Behandelten ziemlich nahe kommen, die wirtschaftliche Tätigkeit in ihrem Unternehmen wieder aufzunehmen. Hauser[79] will hier unterscheiden zwischen einer freiwilligen und einer gezwungenen Stillegung des Geschäftsbetriebes. Das Kriterium der Unterscheidung bestehe darin,

»daß sich die Gesellschaft dazu veranlaßt sehe, entweder weil die weitere Verfolgung des direkten Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist, sei es, weil infolge der Konjunkturverhältnisse keine Auf-

[78] Hauser, a.a.O. S. 29.
[79] a.a.O. S. 28/29.

träge mehr eingehen (freiwillige Stillegung), sei es, weil wegen Kapitalmangel (gezwungene Stillegung) die erforderlichen finanziellen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht mehr vorhanden sind, oder die Gesellschaft ihren Zweck erreicht hat.«

Hauser stellt nun die Behauptung auf, daß die feste Absicht der Beteiligten, die Gesellschaft nicht aufzugeben, nur für jenen Fall der freiwilligen Stillegung in Frage kommen könne. Unseres Erachtens ist aber diese Einschränkung ein wenig zu eng gezogen, denn daß man infolge Mangels an Kapital, das zur Weiterführung des Unternehmens unbedingt erforderlich ist, ein Desinteresse der Gesellschafter an der Weiterexistenz zu vermuten hat, wird sicher den wirtschaftlichen und konkreten Verhältnissen nicht oder nur schlecht Rechnung tragen. Zugegeben, daß dort die bestimmte Absicht der Gesellschafter seine Bedeutung verloren hat und nicht in Frage kommt, wo die Aktiengesellschaft nur für eine zum voraus bestimmte Zeit gegründet worden und diese abgelaufen ist, sowie dort, wo der in den Statuten festgelegte Zweck vollständig erreicht worden ist. In diesen beiden Fällen besteht der Wille der Gesellschafter — er bildet das Gegenteil vom oben erwähnten — darin, daß die Auflösung erfolgen solle, wenn die Tatsache der Zweckerreichung oder des Zeitablaufes eingetreten ist. Aus diesem Grund kann von einer Unterscheidung zwischen freiwilliger und gezwungener Stillegung abgesehen werden und der Richter wird nur zu untersuchen haben, ob die Beteiligten, gleichgültig ob freiwillig oder gezwungen, das Unternehmen stillgelegt haben in der festen Absicht, zu gegebener Zeit dasselbe wieder aufzunehmen.

c) Wiederaufnahme des ursprünglichen Zweckes.

Entscheidend ist, so führt das Bundesgericht[80] aus, daß nach der Wiederaufnahme des Betriebes der gleiche Gesellschaftszweck verfolgt wird, der schon ursprünglich in den Statuten vorgesehen war. Daß aber das entscheidende Kriterium darin liegen kann, daß nur durch die Wiederaufnahme desselben Gesellschaftszweckes — nach einem Unterbruch der wirtschaftlichen Tätigkeit — eine tatsächliche Auflösung der Aktiengesellschaft vermieden werden könne, das scheint nicht ganz einwandfrei zu sein und läßt schwere Zweifel

[80] BGE 55 I 352 am Ende.

aufsteigen. Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt ja die sogenannte Privatautonomie der Gesellschaften, wonach zum Beispiel eine Aktiengesellschaft[81] ihren Zweck beliebig ändern kann, wenn sie die hierfür erforderliche Stimmen- und Grundkapitalmehrheit aufbringt. Damit ist die Möglichkeit ohne weiteres gegeben, daß die Aktionäre bei der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes ihrer Gesellschaft statutarisch einen anderen Zweck zugrunde legen; daß nun eine neue Gesellschaft entstanden sei, muß als Fehlschluß angesehen werden.

Das Bundesgericht hat nachträglich die Mängel seiner Beweisführung korrigiert, will aber eine Weiterführung der alten Gesellschaft mit neuer Zweckbestimmung nur da zulassen, wo dies in den Satzungen der Aktiengesellschaft schon bei ihrer Gründung vorgesehen und festgelegt worden war. Die Korrektur ist demnach nur eine teilweise. Auch lehnt es das Bundesgericht ab, auf das Interesse der Gesellschafter an ihrem Unternehmen abzustellen. Es macht folgende Argumentation geltend[82]:

> »Es genügt jedoch, daß der Betrieb im Rahmen der ursprünglich vorgesehenen Zwecke wieder aufgenommen werde. Bei den Untersuchungen der Löschungspflicht zwischen den einzelnen vorgesehenen Gesellschaftszwecken nach dem Interesse der Gesellschafter zu unterscheiden und den Wegfall der einen Zwecke als wesentlich, den der andern als unwesentlich zu bezeichnen, würde zu weit führen und einen unhaltbaren Eingriff in die Privatautonomie bedeuten.«

Aus dem hier Gesagten kann entnommen werden, daß dieser Anhaltspunkt der Wiederaufnahme des früheren Zweckes sehr vorsichtig angewandt werden soll.

Aus den Ausführungen unter a, b und c kann daher die Schlußfolgerung gezogen werden, daß überall dort, wo eine Aktiengesellschaft trotz längerer Einstellung ihrer geschäftlichen Tätigkeit, sofern der Wille der Aktionäre zur Wiederaufnahme des früheren oder neu bestimmten Gesellschaftszweckes wirklich vorhanden ist, von einer tatsächlich aufgelösten und aufgegebenen Gesellschaft nicht gesprochen werden kann. Ist aber eine Aktiengesellschaft tatsächlich, das heißt, wenn ein förmlicher Auflösungsbeschluß der Generalversammlung im Sinne von Artikel 736 Ziffer 2 OR nicht vorliegt, aber auch die obigen Erfordernisse nicht erfüllt sind,

---

[81] Artikel 648 OR.
[82] BGE 55 I 353.

als aufgelöst zu betrachten, so bleibt von der betreffenden Gesellschaft nichts anderes mehr übrig als die formelle abstrakte Rechtsform, die ohne jeden materiellen oder wirtschaftlichen Inhalt nur noch im Registereintrag besteht. Die Gesellschaft ist zum Mantel geworden. Inhalt und Form eines solchen existent gewordenen Mantels zeichnen sich aus in den Aktientiteln oder Gesellschaftsanteilen und dem Eintrag im Handelsregister. Ein solches Gebilde hat selbstverständlich vom Standpunkt der aufgelösten Aktiengesellschaft aus keine große Bedeutung mehr, zumal es auch für die ehemaligen Gesellschafter ohne materiellen Inhalt als wertlos erscheint.

Wenn aber die Wertlosigkeit des Mantels für die ehemaligen Aktionäre auch zutrifft, so ist damit die objektive Wertlosigkeit noch keineswegs gegeben. Im Gegenteil, in der Geschäftswelt hat unter Umständen diese hohle, formelle Gesellschaftsform, der Aktienmantel, eine enorme wirtschaftliche Bedeutung, und damit kann er selbst zu einem wertvollen Gegenstand werden, wenn er sich verwerten läßt, das heißt mit einem neuen materiellen Inhalt ausgestattet werden kann. In dieser Verwertbarkeit liegt also der Wert und die Bedeutung des Mantels im handelsgeschäftlichen Verkehr, daher muß im folgenden Paragraphen die Frage der Verwertbarkeit näher untersucht werden.

§ 7. *Die Verwertung und Verwertbarkeit des Mantels.*

Das Bundesgericht hat in der Frage der Verwertung und Verwertbarkeit eines Aktienmantels sehr klar gesehen und ein Zeugnis dafür abgelegt, daß es das wirtschaftliche Leben kennt.

> »Der Prüfung«, so führt es aus[83], »ist vorgängig allgemein darauf hinzuweisen, daß zwei grundlegende Momente der schweizerischen Rechtsordnung nicht übersehen werden dürfen, nämlich einerseits die nach positivem Rechte bestehende Möglichkeit einer Veräußerung aller Aktien, sowie die Möglichkeit der Vereinigung aller Aktien in einer Hand, und die daraus resultierende Zulässigkeit der Einmanngesellschaft im Rahmen

[83] BGE 64 II 364. Das Bundesgericht macht allerdings einen Unterschied zwischen dem Erwerb einer Aktiengesamtheit im Gegensatze zum Kauf eines Aktienmantels. Das Merkmal dieser Unterscheidung soll darin bestehen, daß es sich im ersteren Falle um eine noch tätige, wenn auch notleidende Gesellschaft und im zweiten Falle um eine tatsächlich aufgelöste Gesellschaft handelt. Daß aber eine solche Differenzierung keine allgemeine Gültigkeit beanspruchen kann, das werden die weiteren Ausführungen zeigen.

und mit den Beschränkungen von Artikel 625 und 775 OR; anderseits die gesetzliche Möglichkeit, nach Maßgabe von Artikel 647 bis 649 und 784 OR den Zweck, die Firma, überhaupt die Statuten der Gesellschaft abzuändern, dabei auf den bisherigen Geschäftsgegenstand ganz oder zum Teil zu verzichten und unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft eine neue wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen, eine sogenannte wirtschaftliche Neugründung durchzuführen und zu diesem Zweck auch die Firma, die Organisation und die Verwaltung zu ändern ...«

Um die reichhaltige Motivierung des obersten Gerichtshofes besser verstehen zu können, ist vorerst einmal der Begriff der Mantelverwertung klarzulegen.

Die Mantelverwertung stellt sich nach Löbenstein[84] dar als die

»durch die Inhaberschaft der Gesamtheit oder des überwiegenden Teils von Mitgliedschaftsrechten einer Aktiengesellschaft (oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung) ermöglichte rechtliche und wirtschaftliche Umbildung einer Kapitalgesellschaft zu einem neuen Unternehmen.«

Um aber zur Inhaberschaft der Gesamtheit oder auch nur zur entscheidenden Mehrheit von Aktien oder Gesellschaftsanteilen zu gelangen, die zur wirtschaftlichen und rechtlichen Beherrschung der Aktiengesellschaft notwendig sind, können zwei Wege gewählt werden. Entweder nämlich durch Kauf eines Aktienmantels oder dann durch Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in der Hand eines einzigen Mitgliedes der Gesellschaft.

Die rechtswissenschaftlichen Untersuchungen des Bundesgerichtes[85] haben bisher immer nur die Mantelverwertung im Zusammenhang mit dem Mantelkauf zu beurteilen gehabt. Unter dem letzteren versteht man begrifflich den »Erwerb« der Rechtsform einer bestehenden Gesellschaft in der Absicht, diese Rechtsform wirtschaftlichen Interessen nutzbar zu machen[86]. Durch die Möglichkeit der Veräußerung des Aktienmantels tritt dieses Gebilde also als verkehrsfähiges Objekt in der rechtsgeschäftlichen Sphäre auf. Trotz dieser Tatsache findet sich aber nirgends eine gesetzliche Regelung des Mantelkaufes vor. Selbst das revidierte schweizerische Obligationenrecht vom 1. Juli 1937 kennt — wie schon am Anfang bemerkt

[84] a.a.O. S. 24.
[85] BGE 55 I 134, 196 und 356.
[86] Löbenstein, a.a.O. S. 18.

worden ist — in keinem seiner Artikel eine Bestimmung den Aktienmantel betreffend. Allem Anschein nach fühlt sich hier das Leben stärker als die abstrakten Gesetzesbestimmungen, denn nur so ist die Begründung diesbezüglich in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung[87] zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes zu verstehen, denn der Bundesrat schreibt darin unter anderem,

> »daß jede Formulierung im Gesetzestext indes Gefahr läuft, entweder neu auftretenden Umgehungsformen den Weg offen zu lassen, und alsdann ihren Zweck zu verfehlen, oder aber durch zu allgemeine Fassung auch Umwandlungen zu treffen, die nicht zu beanstanden sind. Der Entwurf sieht deshalb von einer besonderen Vorschrift ab in der Meinung, daß die Praxis der Handelsregisterführer wie bisher gegen Unternehmen wird einschreiten können, die durch Erwerb des Aktienmantels einer bestehenden Gesellschaft unter Umgehung der Gründungsvorschriften zustandegekommen sind.«

Dadurch, daß der Kauf eines Aktienmantels keine gesetzliche Regelung gefunden hat, wird erneut — wie schon in dem im ersten Kapitel behandelten Falle des Willensmangelausschlusses — die heikle Frage zu beantworten sein, ob der Mantelkauf dem Gesellschaftsrecht zu unterstellen ist, oder ob seine Beurteilung nach den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen hat. Glücklicherweise ist man sich in der gesamten Literatur[88] und auch gleichfalls in der Rechtssprechung[89] darin einig, daß soweit die allgemeinen Bestimmungen über Kaufs- und Verkaufsrecht angewandt werden können, sie auch analog zur Anwendung gelangen sollen. Rechtlich betrachtet ist der Kauf eines Aktienmantels kein besonderer Vorgang im Rechtsverkehr, der sich etwa aus der Eigenart des Begriffes ableiten lassen könnte. Hier liegt vielmehr ein gewöhnliches Rechtsgeschäft vor, das den Erwerb von Aktien oder Anteilen einer, wenn auch tatsächlich aufgelösten Gesellschaft zum Gegenstande hat. Das geht schon daraus hervor,

> »daß — wie Löbenstein sich ausdrückt — der Erwerb eines Mantels durch Kauf für die Mantelverwertung selbst erst die die Verwertung vorbereitende Handlung darstellt[90].«

---

[87] Bundesblatt 1928, Bd. I, S. 259.
[88] z. B. Hauser, a.a.O. § 6, Löbenstein, Strauß, Bulang.
[89] BGE 64 II 364.
[90] a.a.O. S. 22.

Indes ist aber der Mantelkauf nicht einziger Ausgangspunkt, um zur Inhaberschaft der Gesamtheit oder des überwiegenden Teiles der Aktien und Mitgliedschaftsrechte zu gelangen, um eine Mantelverwertung daraufhin durchführen zu können. Möglich ist ebenfalls die Verwertung der Gesellschaftsform mittels Umgründung eines zum Mantel gewordenen Unternehmens[91]. Breit[92] hat als erster diese Form der Mantelverwertung erkannt; auch haben sich einzelne ausländische Gerichte mit dieser Möglichkeit zu befassen gehabt[93]. Breit spricht in dieser Beziehung von einem sogenannten Mantelgesellschafter und dem Mantelkäufer. Der Unterschied besteht darin, daß der erstere aus der zum Mantel gewordenen Gesellschaft nicht ausscheidet und keine Uebertragung von Aktien oder Gesellschaftsrechten an einen Dritten erfolgt; vielmehr bleibt der Mantelgesellschafter Mitglied seiner Aktiengesellschaft und benutzt deren Rechtsgestalt zu einer Umgründung des Unternehmens. Die rechtliche Grundlage, die für die Durchsetzung seiner Pläne erforderlich ist, bildet in erster Linie der Besitz des Stimmrechtes einerseits und der maßgebenden Stimmenmehrheit anderseits. Das Stimmrecht ist in gleicher Weise für den Mantelgesellschafter, wie für den Mantelkäufer dasjenige Instrument, mittels dessen sie nach Belieben in die Entwicklung der gesellschaftlichen Tätigkeit eingreifen können. Auf welche Art und Weise der beabsichtigte Eingriff erfolgen soll, liegt ganz im Ermessen des Mantelgesellschafters, beziehungsweise Mantelkäufers.

Es wird demnach für den Mantelkäufer[94] erste Aufgabe sein, eine ausreichende Mehrzahl von Aktien oder Geschäftsanteilen für sich zu erwerben, denn für die erfolgreiche Durchführung seiner Pläne ist die vollkommene Beherrschung der Gesellschaft, die aber nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich begründet sein muß, unumgänglich notwendig, nur dadurch erhält er den entscheidenden Einfluß auf die Autonomie der Gesellschaft. Hat sich der Mantelkäufer dieses Erfordernis gesichert, so steht es ganz in seiner Macht, die Satzungen je nach Bedarf zu ändern. Hierin unterscheidet er sich in nichts von jedem andern Gesellschafter, der über eine Majorität verfügt. Beide, der Mantelkäufer wie der Großaktionär, üben ihre Macht aus, um die gesellschaftliche Tätigkeit nach ihrem Sinn zu

[91] Löbenstein, a.a.O. S. 19.
[92] Juristische Wochenschrift, 1925, S. 638.
[93] Beispiele siehe bei Loebenstein, a.a.O. S. 20.
[94] Was für den Mantelkäufer gesagt wird, gilt, wenn nichts besonderes hervorgehoben wird, in den folgenden Ausführungen in gleicher Weise für den Mantelgesellschafter.

beeinflussen und für ihre Interessen nutzbar zu machen. Doch an ihren Zielen und Motiven lassen sie sich erkennen.

Der Großaktionär hat vorerst nur ein Interesse an einer wirtschaftlich tätigen Gesellschaft, ein stillgelegtes Unternehmen wird ihm meist keinen Reiz bieten. Regelmäßig wird also das bestehende Geschäft den Gegenstand seiner handelsgeschäftlichen Interessenpolitik bilden, und sein Bestreben wird sich dahin richten, das Unternehmen in der Weise zu fördern, daß es eine möglichst hohe Dividende abwirft, das heißt, er sucht die gegenwärtig existierende Gesellschaft in der Regel in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit derartig zu beeinflussen, daß den Aktionären, deren Hauptbeteiligter er ja durch die Vereinigung der Aktienmehrheit in seiner Hand ist, größtmögliche Vorteile resultieren.

Ganz anders stehen die Verhältnisse beim Mantelkäufer, beziehungsweise beim Mantelgesellschafter. Ihn interessiert das alte Unternehmen in keiner Weise. Gerade das Gegenteil ist bei ihm der Fall, er übt seinen Einfluß, wenn der Betrieb noch nicht eingestellt ist, dahin aus, daß dieser entweder ganz oder teilweise beseitigt wird, um eine leere Rechtsform zu erhalten, die er dann nachher mit neuem Inhalt — was Mantelverwertung genannt wird — ausstattet.

Die rechtliche Grundlage ist aber in beiden Fällen die nämliche.

> »Beide, Großaktionär und Mantelkäufer, benutzen die Ansammlung der Anteile und der damit verbundenen Stimmrechte zur Beseitigung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Gesellschaft[95].«

Der Unterscheidungspunkt kann also, wie schon erwähnt, nicht in der rechtlichen Grundlage liegen. So kommt Strauß[96] zum Ergebnis, daß das wesentliche Unterscheidungsmerkmal durch das Motiv der Mantelkäufer beherrscht wird, das heißt, die erworbene Majorität zur Bestimmung der gesellschaftlichen Tätigkeit in ihrem Sinne unabhängig von der bisherigen Erscheinungsform der Gesellschaft auszunützen. Das Motiv des Mantelkäufers mag zwar das Zustandekommen des Kaufvertrages bestimmen, ist aber selbst nicht Gegenstand oder Grundlage der vertraglichen Abmachung. Die Beweggründe bleiben also außerhalb des Vertragsinhaltes, sie müßten denn durch konkludentes Verhalten oder ausdrücklich von den Parteien in den Vertrag einbezogen werden. Ob also der eine Ver-

[95] Danert, a.a.O. S. 4.
[96] a.a.O. S. 24.

tragspartner das Motiv erkennt oder nicht, das spielt für kennzeichnende Merkmale des Mantelkaufes keine Rolle.

Aus diesen Darlegungen wird die Behauptung, daß der Kauf eines Aktienmantels ein gewöhnlicher Kauf sei, nur bestärkt, denn da das Motiv, das entscheidende Merkmal des Mantelkaufes, außerhalb des Vertragsinhaltes bleibt, kann es auch nicht zur rechtlichen Erheblichkeit führen. Und nur das rechtlich Erhebliche kann zur Bildung eines Rechtsbegriffes herangezogen werden. Der Kauf eines Aktienmantels rechtlich als ein besonderes Rechtsgeschäft zu konstruieren und zu definieren, fällt demnach dahin. Es bleibt nichts anderes übrig, als bei der wirtschaftlichen und rechtlichen Begriffsbestimmung des Mantelkaufes zu bleiben.

Die Verwertungsmöglichkeiten eines Aktienmantels sind im Wirtschaftsleben sehr zahlreich. Das Motiv, das — wie oben ausgeführt wurde — mit dem Begriff des Mantelkaufes untrennbar verbunden ist, wird bei der Aufzählung der wichtigsten Verwendungsmöglichkeiten eines Aktienmantels wegleitend sein. Daß der Beweggrund in hohem Maße auf die rechtliche Beurteilung des Mantelkaufes seinen Einfluß ausübt, darf nicht übersehen und unterschätzt werden[97]. Daß eine Mantelverwertung sehr viele und auch große Vorteile bietet, wird von keiner Seite bestritten, auch nicht, daß von vorne herein die zivilrechtliche Ungültigkeit dieser Vorteile bestimmt wird, denn unsere heutige Wirtschaft ist nun einmal darauf bedacht, die Vorteile überall da zu erringen, wo sich ihr die Gelegenheit dazu bietet. Das Bundesgericht hat dies denn der Geschäftswelt auch nicht übel genommen, indem es in dem einen Falle[98] erklärt, daß die Vermeidung von staatlichen Abgaben, die durch die Mantelverwertung herbeigeführt wird, keine Bedeutung auf zivilrechtliche Gültigkeit des Mantelkaufes hat. Vielmehr ist es dann Sache unserer weiteren Untersuchung, ob die dem Aktienmantelkauf zugrunde liegenden Motive gegen die geltenden Grundsätze des Gesellschaftsrechtes verstoßen.

Den hauptsächlichsten Ansporn zu Erwerb und Verwertung von Aktienmänteln sieht Feine[99] in der Möglichkeit, die Gründungsformalitäten und Kautelen, die namentlich für eine Aktiengesellschaft besonders drückend und zeitraubend sein können, zu vermeiden, aber auch den Gründungssteuern zu entgehen. Daß das Wirtschaftsleben immer versucht, den kürzeren und einfacheren Weg

---

[97] Danert, a.a.O. S. 8.
[98] BGE 64 II 364.
[99] Ehrenberg, a.a.O. S. 445.

einzuschlagen, der zum gleichen Ziele führt, wird jedermann begreifen. Und eine solche Gelegenheit ist ja im Kaufe eines Aktienmantels gegeben, nämlich die mit einer Neugründung verbundenen Aufwendungen an Zeit und Geld zu ersparen[100].

Die Vorteile, die sich dem Mantelkäufer in finanzieller Hinsicht bieten, sind mannigfach. Vorerst vermeidet er die mit einer Neugründung verbundenen Gründungskosten; daß diese nicht übersehen werden dürfen, hat Hauser in einem Beispiel[101] dargelegt. Er hat nämlich ausgerechnet, daß man für eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von Fr. 25 000.— mit einem Gründungskostenaufwand von Fr. 598.— rechnen muß. Dabei ist vor Augen zu halten, daß in dieser Summe nur die Auslagen für Notariatsgebühren, Beglaubigungsgebühren, Stempelsteuer an die eidgenössische Steuerverwaltung, Eintragung ins Handelsregister und Statutenentwurf inbegriffen sind. Ferner ist zu beachten, daß nach neuem schweizerischem Rechte eine Aktiengesellschaft ein Grundkapital von Fr. 50 000.— aufweisen muß[102], also vermehren sich die Kosten um ein Bedeutendes. Daher ist es leicht verständlich, daß die Geschäftsleute der Versuchung nicht widerstehen können, einen einfacheren und billigeren Weg einzuschlagen, der sie zum gleichen Ziele führt. Damit kann auch manche Aktiengesellschaft entstehen, die sonst den mannigfachen Erfordernissen einer Neugründung nicht gewachsen gewesen wäre. Der Mantelkäufer kann nämlich auch nicht angehalten werden, entweder das Grundkapital in voller Höhe oder aber das gesetzliche Minimum von 20% aufzubringen. Je nachdem die ausgegebenen Aktien einer in Auflösung begriffenen Gesellschaft voll oder nur zum Teil libriert sind, wird sich auch das Risiko des Mantelverwerters bestimmen. Eine derartige Risikoabwälzung auf den formalen Rechtsmantel ist sicher vom wirtschaftlichen Standpunkt aus — abgesehen vom rechtlichen — nicht immer tragbar, besonders wenn es sich um zweifelhafte Unternehmen handelt[103]. Will aber der Mantelverwerter das verloren gegangene Geschäftskapital einigermaßen nach dem Bedürfnisse des Unternehmens instand stellen, so wird er es meist in der Form einer Sacheinlage mit Grundkapitalserhöhung vornehmen. Nach der Erhöhung ist ihm ebenfalls die Möglichkeit geboten, durch eine nachfolgende Herabsetzung des eingetragenen Grundkapitals einen Ausgleich der

---

[100] Danert, a.a.O. S. 10.
[101] a.a.O. S. 45.
[102] Artikel 621 OR.
[103] Feine, a.a.O. S. 445.

Bilanz herbeizuführen. Auch liegt es im Belieben des Mantelverwerters, je nach dem Umfange seines Geschäftsbetriebes größere oder kleinere Beträge einzuzahlen. So hat die Mantelverwertung die wertvollen Vorteile für den Kaufmann, einerseits das Risiko zu vermindern und anderseits nicht von Anfang an eine große Kapitalsumme aufbringen zu müssen.

Ferner wird durch die Mantelverwertung ein nicht zu unterschätzender Zeitgewinn erzielt. Der Erwerb eines Mantels und dessen Verwertung kann sich in ganz kurzer Zeit, ja sogar in wenigen Stunden vollziehen[104], während die normale Gründung einer Aktiengesellschaft längere Zeit beansprucht, um allen gesetzlichen Vorschriften und Verordnungen gerecht zu werden. Daß eine solche Zeitspanne von Wochen und Monaten für eine werdende Gesellschaft selbst wieder den Untergang bedeuten kann, ist leicht verständlich, besonders da, wo das Geschäft nur momentanen Charakter hat. Mit der Mantelverwertung steht aber dem Unternehmer sofort die juristische Persönlichkeit zur Verfügung, die selbständig Rechte und Pflichten erwerben kann, somit kann er bei einer günstigen Gelegenheit das Geschäft sofort aufnehmen.

Dem Einzelkaufmann kommt aber die Mantelverwertung ebenfalls zugut, nämlich in dem Falle, wo er für sein Unternehmen möglichst schnell die beschränkte Haftung einführen will. Obwohl dem Einzelkaufmann der Weg der Strohmanngründung — die von der Rechtspraxis gebilligt wird — gleichfalls offen steht, so bietet ihm die andere Möglichkeit dennoch einen kürzeren und billigeren Weg. Vorerst benötigt er einmal nicht die gesetzliche Mindestzahl von Strohmännern, bei einer Aktiengesellschaft also zwei, ferner hat er nicht die Gründungskosten zu tragen, sowie eine Entschädigung der Strohmänner. Er umgeht ferner jeglichen Zeitverlust, indem er sofort sämtliche Aktien oder Anteile erwerben kann und damit mit einem Schlage eine Einmanngesellschaft, beziehungsweise die beschränkte Haftung für sein Unternehmen, herbeiführt.

Der Vollständigkeit halber seien noch die Fälle angeführt, bei welchen die Mantelkäufe zum Zwecke der Betriebsvereinigung und Betriebsvereinfachung verwertet werden. So ist zum Beispiel eine Aktiengesellschaft bestrebt, ein Geschäftsabteil in eine selbständige Organisation umzuwandeln. Die einfachste Lösung ist auch in diesem Falle die Mantelverwertung.

Neben all diesen allgemeinen Vorteilen einer Mantelverwertung

[104] Danert, a.a.O. S. 11.

kann der Kauf eines Aktienmantels aber auch dazu dienen, einen Erfolg, der mit einer ordnungsgemäßen Neugründung nicht zu erreichen wäre, herbeizuführen.

> »Es sind dies die Fälle, in denen Mäntel von Gesellschaften erworben werden, denen bestimmte Lizenzen, Kontingente, Quoten oder sonstige nur schwer zu erreichende Rechte zustehen[105].«

Das Motiv des Mantelverwerters stellt sich aber hier insofern anders dar, als er in erster Linie für sein Unternehmen nicht die gesetzlichen Bestimmungen über die Gründung umgehen will, sondern es ihm vielmehr darum geht, eine Gesellschaft zu erhalten, die mit bestimmten Vorrechten ausgerüstet ist. Diese Vorrechte gehen ja nicht unter, denn solange der unveränderte Eintrag im Handelsregister fortdauert, solange besteht auch die Rechtspersönlichkeit unangetastet, selbst dann, wenn sie als Mantel für ein anderes Unternehmen verwendet wird[106].

Im allgemeinen kann aus all diesen Fällen ersehen werden, daß die Mantelverwertung vielfach wirtschaftlich durchaus gerechtfertigt erscheint, wenn auch da und dort die Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr zu Bedenken Anlaß gibt. Die rechtliche Gültigkeit oder Unzulässigkeit wird durch diese Feststellung aber keineswegs berührt und entschieden.

Hinsichtlich der Durchführung der Mantelverwertung erfahren die Statuten und Organisationen meistens eine Umgestaltung. Diese geschieht sehr oft in der Gestalt einer Aenderung des Gegenstandes und Zweckes der Gesellschaft, eventuell auch der Firmabezeichnung, ferner in der Neubestellung des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Stimmt der bisherige Gesellschaftszweck mit dem neu geplanten überein, dann kann eine Statutenrevision in dieser Beziehung erspart werden. In der Praxis wird auch in den meisten Fällen eine Aenderung des Gesellschaftsvermögens stattfinden, sei es durch Einbringung von Bargeld (Wiederausgabe von Aktien), sei es durch Einlage von Sachwerten. Ob eine diesbezüglich umfassende Umgestaltung nach Recht und Gesetz möglich ist, wird noch abzuklären sein, denn es kann vorkommen, daß

> »vielleicht gar nichts von den alten Statuten bestehen bleibt; Zweck, Firma, Sitz, Kapital, Bildung des Vorstandes usw., alles

---

[105] Danert, a.a.O. S. 13.

[106] Danert, a.a.O. S. 13: »Dies spielt zum Beispiel bei den Braunkohlensyndikaten eine Rolle, wo der im Bezirke des Syndikates zu erzielende Umsatz quotenmäßig für mehrere Jahre unkündbar auf die einzelnen Mitglieder verteilt wird.

ist materiell neu. Formell stellt sich das Gebilde aber immer noch als die alte Aktiengesellschaft dar[107].«

§ 3. *Die zivilrechtliche Zulässigkeit des Aktienmantelkaufes.*

Einleitend mag noch einmal darauf hingewiesen werden, daß das schweizerische Recht keine gesetzliche Bestimmung über den Kauf eines Aktienmantels aufweist. Die Entscheidung der Frage der zivilrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit ist daher den Gerichten überlassen, wobei das Bundesgericht die letzte und endgültige Entscheidung trifft und daher einzig in Betracht gezogen werden muß.

Hauser[108] sieht in der Existenz und Verwertung eines Aktienmantels im allgemeinen schon eine Gefährdung von Interessen:

> »Ist eine Gesellschaft tatsächlich aufgelöst, das heißt zum Mantel geworden, so wird dadurch der Eintrag im Handelsregister unwahr und stimmt mit den Tatsachen nicht mehr überein. Nach außen erscheint die Gesellschaft immer noch als dieselbe und macht den Eindruck, wie wenn alles noch in bester Ordnung wäre. Und wie leicht können dann Uneingeweihte zu ihr in Beziehung treten und dann Schaden nehmen.«

Zuzugeben ist, daß die zum Mantel gewordene Gesellschaft den Schein einer Rechtslage erzeugt, die in Tat und Wahrheit nicht mehr mit den wirklichen Verhältnissen übereinstimmt. Auf Grund dieser zu Täuschungen Anlaß gebenden Sachlage hat der Handelsregisterführer, beziehungsweise die Aufsichtsbehörde, die Befugnis, die tatsächlich als aufgelöst zu betrachtenden Aktiengesellschaften zur Anmeldung der Löschung zu veranlassen[109]. Diese Maßnahme erfolgt ohne Zweifel im allgemeinen Interesse der Verkehrssicherheit. Daß dies aber besonders zum Schutze der »Uneingeweihten« zu geschehen habe, wie Hauser[110] behauptet, ist in der Praxis nur von geringer Bedeutung; denn die zum Mantel gewordene Aktiengesellschaft will in den überaus meisten Fällen keine Geschäfte mehr tätigen und lehnt deshalb jeden wirtschaftlichen Kontakt ab, daher wird äußerst selten ein geschädigter Geschäftskontrahent vorhanden sein. Sollte aber ein, wenn auch nur teilweiser, Geschäftsbetrieb aufrechterhal-

---

[107] Rektoratsrede Freiburg 1936.
[108] a.a.O. S. 63.
[109] Handelsregisterverordnung Artikel 38 und 60.
[110] a.a.O. S. 63.

ten werden, dann liegt ja — wie bereits früher festgestellt worden ist — überhaupt kein Mantel vor, und für den eventuellen Schaden müßten die Verantwortlichkeitsbestimmungen[111] in Anwendung kommen.

Eine wirkliche Verletzung und Gefährdung von Interessen der Oeffentlichkeit ist aber da anzunehmen, wo die Verwertung eines Aktienmantels dazu dient, den Namen einer stadt- und landbekannten Firma für ein neues Unternehmen zu erhaschen. Hier liegt zweifelsohne die arglistige Absicht seitens des Mantelverwerters vor, in erster Linie die Geschäftswelt über die tatsächlichen Verhältnisse hinweg zu täuschen, indem sie den Schein erwecken, als ob es sich um dieselbe vertrauenswürdige Firma handle. Daraus ist ohne weiteres klar ersichtlich, daß wegen einer solchen arglistigen Täuschung des Vertrauens der Oeffentlichkeit und der Geschäftsleute insbesondere eine rechtliche Zulässigkeit des Aktienmantelkaufes und dessen Verwertung zu verneinen ist.

Hauser[112] geht in seiner Schlußfolgerung aber noch weiter und behauptet, daß überall dort, wo der Mantelkäufer über die Neugründung hinaus noch gewisse Rechte und Privilegien erlangen will, die Mantelverwertung als widerrechtlich zu betrachten sei, wenn er diese Vorrechte auf dem normalen Gründungsgang nicht erreichen kann. Entgegen Hauser wird man aber unterscheiden müssen, um den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerechter zu werden. Vorerst müssen wir uns vor Augen halten, daß nicht jede Erlangung von bestimmten Privilegien durch die Mantelverwertung als widerrechtlich zu stempeln ist. Es mag hier nur auf jene Fälle hingewiesen werden, wo wichtige Lizenzen und Kontingente nur einer bestimmten Aktiengesellschaft zustehen. Nun ist es möglich, daß eine solche Gesellschaft aus irgend einem Grunde ihren Betrieb einstellen muß und zwar so, daß sie als tatsächlich aufgelöst zu betrachten ist: in der weiteren Entwicklung ereignet es sich dann aber, daß zum Beispiel in Kombination mit einer neuen Erfindung ein solches Vorrecht, das nur durch Verwertung jener Gesellschaft, die noch im Mantel ihr Dasein fristet, dem Unternehmen wieder auf die Beine hilft. Wenn hier die Mantelverwertung zugelassen wird, so wird den wirtschaftlichen Verhältnissen besser Rechnung getragen, und vom rechtlichen Standpunkt aus könnte einer solchen Haltung noch beigepflichtet werden, denn damit wird auf alle Fälle erreicht, daß be-

---

[111] Artikel 752 ff OR.
[112] a.a.O. S. 66.

deutende Verkehrswerte nicht verloren gehen, da sie sonst entweder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand an Zeit und Geld oder auch gar nicht mehr erreicht werden können.

Das Bundesgericht neigt, wenn auch nicht klar und eindeutig, zur Tendenz, eine Unterscheidung zu machen, indem es von einer vorübergehenden Betriebseinstellung einerseits und anderseits einer Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes mit dem ursprünglichen Gesellschaftszweck spricht[113]. In einem weiteren Entscheide[114] spricht es sogar von einer Aufnahme einer neuen wirtschaftlichen Tätigkeit unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft.

In den folgenden Ausführungen ist noch zu untersuchen, ob vielleicht die Vorgänge des Mantelkaufes oder der Mantelverwertung nicht gegen einzelne Gesetzesvorschriften verstoßen und daß daher etwa infolge Widerrechtlichkeit auf Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte erkannt werden müßte.

Die früheren Verwaltungsentscheide des Justizdepartementes[115] vertreten die Meinung, daß eine Aenderung des Gesellschaftszweckes oder Gegenstandes, oder der Verkauf von Aktien zwar einzeln erlaubt sei, daß aber das Zusammentreffen aller dieser Vorgänge als Gesetzesumgehung zu betrachten sei. Das Bundesgericht hat am Anfang diese Auffassung kritiklos zu der seinigen gemacht[116]. Erst in den neuesten Entscheidungen hat es die ganze Sachlage noch einmal überprüft und ist dann zu einer teilweisen Korrektur seiner früheren Rechtssprechung gelangt[117].

In erster Linie wurde geltend gemacht, daß die Mantelverwertung als eine Umgehung der gesetzlichen Gründungsvorschriften einer Aktiengesellschaft zu betrachten sei. Allein das Bundesgericht ist einer solchen generellen Fassung der Widerrechtlichkeit in den neueren Urteilen nicht mehr beigetreten. Vielmehr behauptet es, daß der Einwand einer Verletzung der formalen Gründungsvorschriften »höchstens« dann begründet sein kann, wenn es sich um den Kauf und die Verwertung eines Mantels einer tatsächlich liquidierten und aufgelösten Gesellschaft handelt. Dieser Stellungnahme des obersten Gerichtes ist ohne Zweifel beizustimmen. Auch die rechtliche Grundlage steht mit ihr in keinem Widerspruch.

Die Gründung einer Aktiengesellschaft ist an ein ziemlich kom-

---

[113] BGE 55 I 351/52.
[114] BGE 64 II 364.
[115] Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden, 1927, Nr. 34.
[116] BGE 55 I 134, 196 und 356.
[117] BGE 64 II 361; 65 I 139.

pliziertes Verfahren gebunden. Von der Beobachtung und Erfüllung all dieser gesetzlichen Vorschriften hängt es ab, ob die Aktiengesellschaft auch tatsächlich als solche in das Geschäftsleben eintreten kann oder nicht. Erst durch den Eintrag in das Handelsregister, wobei der Gründungsakt den Gesetzesbestimmungen gemäß abgeschlossen worden ist, erlangt die Gesellschaft ihre Rechtspersönlichkeit[118]. Damit kann sie selbständig Rechte und Pflichten erwerben. Hat einmal die Gesellschaft die juristische Persönlichkeit erlangt, so haben die formellen Gründungsvorschriften für sie keine Bedeutung mehr. Der Zweck dieser Bestimmungen ist erreicht, und diese fallen somit weg. Die rechtliche Neugründung ist ein einmaliges Ereignis im Leben einer Gesellschaft[119]. Auch die späteren wirtschaftlichen Veränderungen der Gesellschaft ändern an der Tatsache der Gründung nichts, im Gegenteil, ist die Aktiengesellschaft einmal existent geworden, so ist ihre Tätigkeit, sei es in wirtschaftlicher, sei es in rechtlicher Beziehung, nicht mehr an so strenge Formvorschriften gebunden, wie es beim Gründungsvorgang vorgesehen sind. So können die Aktionäre, ohne den geringsten Einfluß auf den rechtlichen Bestand der Gesellschaft auszuüben, den Gegenstand und Zweck des Unternehmens nach ihrem Belieben umwandeln. Das ist das sogenannte Selbstbestimmungsrecht (Privatautonomie) der Aktiengesellschaft, auf deren Basis sie gemäß Artikel 648 Absatz 1 OR durch Mehrheitsbeschluß von ⅔ des gesamten Grundkapitals die wirtschaftliche Tätigkeit ändern kann. Dieses wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht ist bestimmt eines der wichtigsten Elemente, die eine Mantelverwertung ermöglichen. Ferner ist es gleichgültig, welche Gesellschafter eine solche Umänderung vornehmen. Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob dies durch die ursprünglichen Gesellschafter oder durch die neuen, durch Aktienkauf hinzutretenden, Gesellschafter geschehe.

Was über die Umwandlung des Gegenstandes und Zweckes des Unternehmens gesagt wurde, gilt in gleicher Weise auch für den Sitz und die Firma der Aktiengesellschaft. Auch diese können nach Gutdünken von den jeweiligen Mitgliedern abgeändert werden, ohne daß der rechtliche Bestand der Gesellschaft irgendwie berührt wird[120].

Aus all den obigen Ausführungen ist nun klar ersichtlich, daß eine wirtschaftliche Neugründung, die in jeder völligen Umwand-

---

[118] Artikel 643 OR.
[119] Strauß, a.a.O. S. 27.
[120] Danert, a.a.O. S. 28.

lung des Geschäftsgegenstandes zu einem anderen Unternehmen[121] besteht, keine Einwirkung auf die rechtliche Existenz der Aktiengesellschaft hat. Dies anerkennen auch eindeutig die gesetzlichen Bestimmungen, besonders Artikel 648 Absatz 1 und 649 OR. Nur verlangt das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit zur Durchführung der notwendigen Statutenänderungen. Es muß demnach bei der Aktiengesellschaft klar unterschieden werden zwischen einer Gesellschafts- und einer Geschäftsgründung[122]. Der Wert eines Aktienmantels liegt darin, daß der Mantelkäufer eine wirtschaftliche Neugründung erzielen kann, ohne eine rechtliche Gründung als Voraussetzung zu haben.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden — worin auch das Bundesgericht[123] beistimmt —, daß die rechtliche und wirtschaftliche Umgestaltung einer Aktiengesellschaft nach selbständigen Gesetzesvorschriften geregelt wird. Für die Artikel 648 und 649 OR, die eine wirtschaftliche Geschäftsänderung vorsehen, kommen die besonderen Schutznormen der Gesellschaftsgründung nicht in Frage. Die Verwertung eines Aktienmantels stellt daher keine Umgehung der Gründungsvorschriften[124] dar[125].

Des weitern ist zu untersuchen, ob nicht eine Verletzung der Vorschriften über das Grundkapital vorliegt. Als Ausgangspunkt ist hier der Eintrag in das Handelsregister zu nehmen. Bei der Anmeldung der Aktiengesellschaft ist von den Gründern der Beweis zu erbringen, daß erstens gemäß Artikel 621 OR ein Mindestkapital von Fr. 50 000.— gezeichnet oder übernommen wurde; zweitens, daß wenigstens zwanzig von Hundert des Nennwertes jeder Aktie, und insgesamt auf alle Fälle Fr. 20 000.— bei den kantonalen Depositenanstalten zu Gunsten der Gesellschaft hinterlegt wurde[126]. Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, so muß die Eintragung vom Handelsregisterführer verweigert werden. Diese Mindest- und Bareinzahlung wird gerade von dem Käufer eines Aktienmantels vermieden, wie überhaupt von jedem, der bloß eine wirtschaftliche Neugründung vornimmt[127]. Zunächst ist nun zu untersuchen, ob diese Gesetzesbestimmung zwingenden Charakter hat, d. h. ob ohne Vorhandensein obiger Voraussetzungen die Aktiengesellschaft gar

---

[121] Feine, a.a.O. S. 446.
[122] Löbenstein, a.a.O. S. 35.
[123] BGE 64 II 365.
[124] Artikel 629 ff OR.
[125] Derselben Meinung ist auch Hauser, a.a.O. S. 68.
[126] vgl. Art. 633 OR.
[127] Danert, a.a.O. S. 29.

nicht entstanden sei. Wäre dies der Fall, so wäre auch die Feststellung richtig, daß in der Unterlassung der Mindest- und Bareinzahlung eine unzulässige Gesetzesumgehung angenommen werden muß, was dann auch die Nichtigkeit des Mantelkaufes und der Mantelverwertung zur Folge hätte. Daß es sich aber um keine zwingende Norm handelt, ergibt sich schon aus der Einschränkung, die in Artikl 633 OR selbst enthalten ist. Im gleichen Atemzuge bestimmt nämlich dieser Artikel, daß diese Mindesteinzahlung nur Geltung besitze, »soweit der von den einzelnen Zeichnern geschuldete Betrag nicht durch die in den Statuten bestimmten Sacheinlagen gedeckt ist«. Ferner ist in Betracht zu ziehen, daß bei einer etwelchen nichtvorschriftgemäßen Gründung der Aktiengesellschaft die Eintragung verweigert werden kann, daß aber eine trotzdem eingetragene Gesellschaft ihre rechtliche Gültigkeit nicht verliert. Allerdings sieht die Verordnung betreffend das Handelsregister vor, daß der Handelsregisterführer befugt und verpflichtet ist, bei einer nachträglichen Kenntnisnahme der Nichtübereinstimmung von Eintragung und den tatsächlichen Verhältnissen der Gesellschaft von den Anmeldungspflichtigen die erforderlichen Aenderungen oder gar, wenn dies nicht erfolgen sollte, die Löschung im Handelsregister zu veranlassen[128]. Aber gerade aus der Tatsache, daß nur die Aenderung oder im schlimmsten Fall die Löschung der Aktiengesellschaft verlangt werden kann, läßt sich der rechtlich wichtige Schluß ziehen, daß die Unterlassung der gesetzlichen Bestimmungen der Bareinzahlung keine Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat, d. h. daß die einmal eingetragene Aktiengesellschaft trotz der unvorschriftgemäßen Gründung rechtliche Existenz erhalten hat. So kommt auch Danert[129] zu dem verständlichen Ergebnis, daß wenn dadurch nicht einmal eine rechtliche Neugründung ungültig wird, dann auch eine wirtschaftliche — d. h. auch der Mantelkauf und die darauf folgende Verwertung des Mantels — gleichfalls nicht unwirksam wird. In den meisten Fällen im Wirtschaftsleben zeigt es sich, daß die Mantelverwertung um eine Bar- und Mindesteinzahlung nicht herum kommen, was ein geschäftstüchtiger Kaufmann ohne weiteres voraussehen wird. Werden bei der Mantelverwertung Sacheinlagen gemacht, so gelangen zweifelsohne auch die Mantelkäufer zur Einsicht, daß ein Unternehmen von einer gewissen Größe notgedrungen ein Betriebskapital zur Verfügung haben muß. Ein momentaner Vorteil des Mantelverwerters liegt nur insofern vor, als er nicht so-

[128] vgl. HRVO Art. 38 und 60.
[129] a.a.O. S. 29.

fort seine Einlage zu erbringen hat, oder seine Einlage je nach Bedürfnis des Geschäftsbetriebes beschränken oder vergrößern kann.

Auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger werden durch das ganze oder teilweise Schwinden des Grundkapitals nicht in erheblichem Maße beeinträchtigt. Wohl wird durch die Mantelverwertung eine neue Festsetzung des Haftungskapitals vermieden. Dessen ungeachtet unterliegt die durch Mantelverwertung neu entstehende Aktiengesellschaft denselben Beschränkungen, denen jede bestehende Gesellschaft auf Grund der Festsetzung des Grundkapitals in ihrer Satzung unterworfen ist. Auch hier haftet das Grund- bzw. Gesellschaftskapital in vollem Umfange den Gesellschaftsgläubigern. Ferner ist noch anzuführen, daß nur eine Dividende ausbezahlt werden kann, wenn die Bilanz einen Gewinn aufweist. Dies kann aber erst dann der Fall sein, wenn das Grundkapital die gesetzliche und statutarisch festgesetzte Höhe erreicht hat[130]. Auch bestehen ferner gesetzliche Reservefonds gemäß Artikel 671 OR, die für etwaige Verluste der Gesellschaft einstehen sollen.

Negativ ist dieser Einrede der Gefährdung der Gesellschaftsgläubiger noch entgegenzuhalten, daß sie auch bei einer normal gegründeten Aktiengesellschaft durch spätere ungerechtfertigte Rückzahlung der Einlagen an einzelne Aktionäre ebenfalls nicht geschützt sind[131]. Im äußersten Fall greift hier nur die Rückgabepflicht des bösgläubigen Aktionärs Platz[132]. »So stellt sich also die Mantelverwertung nicht als eine außerordentlich starke Gefährdung, und, wenn sie korrekt durchgeführt wird, überhaupt nicht als eine Verletzung von Aktionären- und Gläubigerinteressen dar[133].« Das Bundesgericht[134] kommt zu derselben Erkenntnis, führt aber eine ganz andere Argumentation an: »Das Schwinden dieses Grundkapitals, sein ganzer oder teilweiser Verlust hat mit der Gültigkeit eines Aktienerwerbers nichts zu tun, ebensowenig wie die Tatsache, daß zur Abfindung der Gläubiger ein Teil oder alle noch vorhandenen Aktiven veräußert werden.« Ohne Zweifel ist diese Begründung rechtlich gültig und einwandfrei, fraglich ist nur ihre ausschlaggebende Bedeutung, d. h. ob jeder rechtmäßige Kauf eines Aktienmantels auch die Mantelverwertung gesetzlich rechtfertige, was nicht angenommen werden darf.

---

[130] vgl. Danert S. 31; Strauß S. 34.
[131] Siegwart, a.a.O. S. 18.
[132] Art. 678 OR.
[133] Siegwart, a.a.O. S. 18.
[134] BGE 64 II 366.

Des weitern ist zu prüfen, ob die Mantelverwertung als Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über die Auflösung der Aktiengesellschaft zu werten sei. Ganz allgemein erklärt das Bundesgericht auch in neuern Entscheiden[135], daß

> »die Unterlassung der Löschung, wie die Verwertung des Mantels, unter solchen Umständen eine Mißachtung und Vereitelung des Zweckes der Löschungspflicht und einen Rechtsmißbrauch darstelle. Der Erwerb des Mantels einer tatsächlich beendigten Gesellschaft kann doch gar keinen andern Zweck haben, als die Verwertung der äußern Rechtsform einer Gesellschaft, welche von Rechts wegen nicht einmal mehr ein formelles Dasein führen könnte[136].«

Das ist, wie wir schon einmal erwähnt haben, die theoretische Grundlage für die Nichtigkeit des Mantelkaufes. Wann aber eine tatsächlich aufgelöste Aktiengesellschaft vorliegt, entscheidet nur die Praxis allein, d. h. es ist jeder konkrete Fall gesondert zu klären. Das hat dann auch in der Folge das Bundesgericht dazu geführt, den wirtschaftlichen Verhältnissen entgegenzukommen und nicht überall da, wo eine Umänderung der Gesellschaft stattfand, eine Mantelverwertung zu wittern. So erklärte es in einem Urteile[137], daß die Aktiengesellschaft nicht zum Mantel geworden ist und deshalb für sie keine Löschungspflicht bestand, wo trotz vollständiger Aufgabe des Geschäftsbetriebes eine Bilanz geführt wurde, die zudem noch einen Verlust zeitigte. In einem andern Fall[138], wo es sich um die Uebernahme eines teilweise noch tätigen Geschäftsbetriebes handelte, nahm es ebenso keine rechtswidrige Mantelverwertung an. Doch hält das Bundesgericht auch in seinem neuesten summarischen Entscheide[139] am Prinzipe fest, daß der ganz reine und offensichtliche Mantelkauf und die Verwertung des Mantels einer tatsächlich aufgelösten Aktiengesellschaft der Löschungspflicht widerspricht und deshalb als nichtig zu gelten hat. Dies ist bestimmt nicht anzufechten, da es auch juristisch volle rechtliche Gültigkeit besitzt. Nur müssen wir uns vor Augen führen, daß der Handelsregisterführer wohl die Eintragungen einer verwerteten Mantelgesellschaft verweigern kann. Ist aber einmal die Eintragung vollzogen, ohne daß der Registerführer von einem Vorgang der Mantelverwertung Kennt-

---

[135] BGE 64 II 364; BGE 65 I 139.
[136] BGE 64 II 363.
[137] BGE 55 I 348.
[138] BGE 64 II 364.
[139] BGE 65 I 139.

nis erhalten hat, so besteht der Eintrag voll zu Recht. Der Handelsregisterführer kann wohl gemäß Artikel 38 und 60 HRVO nachträglich die Auflösung der Gesellschaft beantragen, sofern nicht die nötigen Aenderungen vorgenommen werden, wie sie für alle entsprechenden Gesellschaften bestehen. Aber auch in der Befugnis des Handelsregisterführers, die Löschung der Aktiengesellschaft zu beantragen, zeigt es sich, daß die Mantelverwertung nach Eintrag im Handelsregister rechtsgültig ist und bleibt. Eine solche Lösung wird sicher vom rechtlichen und wirtschaftlichen Standpunkte aus zu ertragen sein. »Eine durch eine korrekte Reaktivierung eines Mantels entstandene Aktiengesellschaft ist immer noch ein besserer Zustand, als ein dauernd im Handelsregister nicht gelöschter inhaltloser Mantel, der zu Täuschungen Anlaß geben kann[140].«

Das Bundesgericht hatte ferner die juristisch nicht uninteressante Frage zu prüfen, ob die Durchführung eines Nachlaßvertrages nicht die tatsächliche Auflösung zur Folge habe. Das oberste Gericht hat in dieser Beziehung ganz richtig gesehen und erklärt, daß

> »selbst die Einleitung eines gerichtlichen Nachlaßvertrages mit Abtretung aller Aktiven k e i n e Auflösung und Beendigung einer Aktiengesellschaft bedeutet. In einem solchen Falle muß höchstens der Eintritt ins Liquidationsstadium im Handelsregister eingetragen werden; aber auch nur dann, wenn mit dem Nachlaßverfahren ein Auflösungsbeschluß der Gesellschaft Hand in Hand geht[141].«

Dies ist auch die nun herrschende Auffassung, die der in Liquidation befindlichen Aktiengesellschaft noch die Möglichkeit gibt, sich in das Stadium einer werbenden Gesellschaft zurückzuversetzen. Gelingt es ihr, neues Kapital zu verschaffen, bzw. das verlorene Gesellschaftskapital wieder aufzufrischen, so ist die Existenz der Aktiengesellschaft auch vom rechtlichen Standpunkt aus nicht anzuzweifeln. Eine solche Auffrischung des Haftungskapitals kann aber ebenso gut mit einem Mantelkauf verbunden sein. Infolgedessen würde auch das Liquidationsstadium einer Aktiengesellschaft einer Mantelverwertung nicht im Wege stehen, sofern natürlich ein Auflösungsbeschluß durch die Generalversammlung noch nicht erfolgt ist[142]. Mit Löbenstein[143] gelangen wir somit zu folgendem Ergebnis:

---

[140] Siegwart, a.a.O. S. 20.
[141] BGE 64 II 368.
[142] vgl. Art. 736, Ziffer 1 OR.
[143] a.a.O. S .31.

»Eine vermögenslose Gesellschaft ist erst dann löschungsreif (und wird in der Folge zu einem ausgesprochenen Mantel, D. V.), wenn eindeutig feststeht, daß die Gesellschaft nicht mehr mit der Zuführung neuer Mittel rechnen kann.«

Als letztes Argument für die Nichtigkeit des Mantelkaufs ist besonders von den Steuerbehörden die Einrede geltend gemacht worden, daß die Mantelverwertung eine Umgehung der Gründungssteuern darstelle. Es ist nicht zu bezweifeln, daß dadurch dem Fiskus eine beträchtliche Einnahme entgeht. Daraus aber die zivilrechtliche Ungültigkeit des Mantelkaufs abzuleiten, ist vom rechtlichen Gesichtspunkte aus niemals haltbar und auch das Bundesgericht hat eine solche Annahme in verschiedenen Fällen stets abgelehnt[144]. Bei richtiger juristischer Auslegung der einzelnen Steuergesetze[145] wird sogar selbst die Mantelverwertung zugelassen, d. h. nicht steuerrechtlich strafbar erklärt, wenn bei ihr die Kapitaleinbringung angegeben und zur Steuertaxierung gelangt. Wenn aber die steuerrechtlichen Vorschriften umgangen werden, so hat dies absolut keinen Einfluß auf das Grundgeschäft. Bloß die Durchführung ist nicht einwandfrei, indem die aus der Kapitaleinlage sich ergebenden Steuerpflichten nicht zur Wirksamkeit gelangen. Dadurch ist aber die rechtliche Grundlage der Mantelverwertung nicht in Frage gestellt und von einer Nichtigkeit des Mantelkaufes kann aus diesem Grunde nicht die Rede sein[146]. Das Bundesgericht hat auch in dieser Beziehung eindeutig geurteilt:

»daß es nicht widerrechtlich und nicht gegen die guten Sitten verstößt, wenn eine Partei, um bestimmte wirtschaftliche Ziele zu erreichen, einen andern, an sich erlaubten Weg wählt, als den, der zur Erhebung einer Steuer führt[147].«

Es steht ganz im Belieben der Steuergesetze, wie auch das Bundesgericht ohne Widerspruch anerkennt, solche Rechtsgeschäfte, die eine Steuerumgehung ermöglichen, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Strafmaßnahmen zu verhängen,

»davon aber die grundsätzliche zivilrechtliche Ungültigkeit des Geschäftes daraus abzuleiten, war auch nie die Rede, als man (nach Erlaß des Stempelsteuergesetzes) anläßlich der Revision des Obligationenrechtes, die Frage eines Verbots von

---

[144] BGE 50 II 145; BGE 48 I 274 usw.
[145] Novelle vom 24. Juli 1937 St.G. Art. 1, lit. 1.
[146] BGE 50 II 145.
[147] BG8 55 I 354.

Mantelkauf und Mantelverwertung liquidierter Gesellschaften diktierte[148].«

Die Stellung des Bundesgerichtes kommt darin klar und unzweideutig zum Ausdruck und gibt bestimmt auch für die weitere Praxis zu keinen Zweifeln mehr Anlaß. Die eidgenössische Steuerbehörde hat dann auch im letzten Entscheid[149] keine ähnliche Einrede mehr erhoben.

---

[148] BGE 64 I 372.
[149] BGE 65 I 139.

SCHLUSSFOLGERUNGEN.

Ganz allgemein und zusammenfassend kann die Schlußfolgerung gezogen werden, daß der Kauf und Verkauf eines Aktienmantels und dessen Verwertung weder unsittlich noch widerrechtlich ist, wenn er folgenden Regeln nicht zuwiderläuft:

1. Beim Kauf eines Aktienmantels darf es sich nicht um das Rechtsgebilde einer vollständig und schon längst aufgegebenen Aktiengesellschaft handeln.
2. Wird das Unternehmen der Gesellschaft auch nur teilweise oder unvollkommen ausgeführt, sei es wegen teilweiser Betriebseinstellung[150], sei es, daß die Tätigkeit nur noch in der Buchhaltung zum Ausdruck kommt[151], so ist kein widerrechtlicher Aktienmantelkauf anzunehmen.
3. Als zulässig ist auch jener Aktienmantelkauf zu betrachten, wo der ursprüngliche Zweck und Gegenstand der Aktiengesellschaft wieder aufgenommen wird. Denn dieser Tatbestand ist mit der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes durch die früheren Gesellschafter gleichzustellen[152], was auch nach der bundesgerichtlichen Praxis als erlaubt gilt, d. h. ohne Löschung und Wiedereintragung ins Handelsregister zugelassen wird[153].
4. Für alle drei oben erwähnten Fälle muß aber allgemein gelten, daß sie den gesetzlichen Vorschriften über die Aktiengesellschaften im Zeitpunkt des Abschlusses der Mantelverwertung entsprechen. Dies aber auch nur so weit als die Gesetzesbestimmungen zwingenden Charakter besitzen.

---

[150] BGE 64 II 364.
[151] BGE 55 II 348.
[152] vgl. hiezu oben Seite 51 ff.
[153] BGE 55 II 346.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

Amstutz-Wyß, Das eidg. Stempelsteuerrecht. Zürich 1930.

Amtliche Sammlung, Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Lausanne 1875 ff.

Bachmann, Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht. Bd. 2. Die Aktiengesellschaft und Genossenschaft. 1915.

Becker, Das Obligationenrecht. Bern 1917, 1934.

Becher, Der Handel mit Aktienmänteln und GmbH-Mänteln. In Zentralblatt für Handelsrecht 1927.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Titel 24—32 des schweiz. Obligationenrechts, 21. Febr. 1928.

Boesch, Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften. Diss. Zürich 1937.

Breit, Ansprüche des Aktionärs gegen die Aktiengesellschaft aus dem Erwerb der Aktien. Zentralblatt für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. 1858.

Breit, Fusion und Aktienreform. In Zentralblatt für Handelsrecht. 1929.

Bulang, Mantelgründung und Mantelkauf bei AG und GmbH. Diss. Marburg 1934.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. 12. Aufl. 1930.

Curti, Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz. Berlin 1930.

Crisolli, Scheingründung und Mantelverwertung. In der »Juristischen Wochenschrift«, 1934.

Danert, Der Mantelkauf, Diss. Halle-Wittenberg 1935.

Egger, Die AG nach dem rev. schweiz. Obligationenrecht vom 18. 12. 1936. Separatabdruck aus der »Schweiz. Juristenzeitung«, Jahrg. 34, Hefte 1, 2, 3.

Egger, Kommentar zum ZGB Bd. 1. Einleitung und Personenrecht. Zürich 1930.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechtes. 8 Bände, Leipzig 1912—1922.

Erlinghagen, Der sogen. »Verkauf der Form einer AG«. In »Juristische Wochenschrift« 1920.

Fehr, Die Einmanngesellschaft nach schweiz. Recht. Diss. Bern 1931.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In Ehrenbergs Handbuch des ges. Handelsrechtes. Bd. 3, III. Abt.

Fischer, Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch Bd. 3, I. Abt. 1916.

Guhl, Die Rechtsstellung des betrogenen Aktienzeichners, Heft 9 und 10 von: Die schweiz. AG, Zürich 1935.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

Goldschmidt, Grundfragen des neuen schweiz. Aktienrechts. Handelshochschule St. Gallen, 1937, Heft 12.

Gyr Max, Willensmängel im Gesellschaftsrecht. Diss. Bern 1936.

Hery, Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der AG. Diss. Freiburg i. Ue. 1928.

Hahn, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittserklärungen zu juristischen Personen. Diss. Marburg 1912.

Hauser Friedolin, Der Aktienmantel. Diss. iur. Freiburg 1933.

Herrmann, Die Rechte des Aktionärs gegen die AG, die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft hat. Diss. Greifswald 1911.

Kaufmann, Kritisches zur Frage der Zulässigkeit der Einmanngesellschaft und der Mantelverwertung. Diss. Tübingen 1934.

Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechtes der Erwerbsgesellschaft. Berlin 1914.

Kipping, Der Einfluß von Willensmängeln bei der Aktienzeichnung. Diss. Jena 1914.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. 2 Bände. Berlin 1898—1904.

Lehmann, Anspruch des Aktionärs, der durch Betrug der Aktiengesellschaft verleitet ist, beizutreten. Holdheims Monatsschrift, 1903.

Löbenstein, Mantelgründung und Mantelverwertung. Diss. Frankfurt 1933.

Moos, Die Interessenkonflikte bei betrügerischem Abschluß von Gesellschaftsverträgen. Diss. Tübingen 1910.

Moos, Die Schadenersatzansprüche des betrogenen Aktionärs gegen die betrügende Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das ges. Handelsr. Bd. 70.

Müller-Erzbach, Kundgebungen in fremdem Interessenbereich. Jherings Jahrbücher NF Bd. 47.

Reis, Zeichnung und Uebernahme von Aktien. Diss. Jena 1906.

Siegwart, Kommentar zur AG und GmbH. 1939.

Siegwart, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten. Rektoratsrede, Freiburg 1936.

Steiger, Die neue Handelsregisterverordnung. Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1937.

Strauß, Der Mantelkauf. Diss. Heidelberg 1928.

von Thur, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechtes. 2 Halbbände 1924/25.

Wieland Alfred, Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritt veranlaßt hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger. Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 64, Jahrg. 1909.

Wieland Alfred, Darf eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktionäre wirklich ungestraft betrügen? Schweiz. Juristenzeitung Bd. 10, Jahrg. 1914.

Wieland Alfred, Das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Meier und Genossen gegen Konkursmasse der Spar- und Leihkasse Bremgarten, Schweiz. Juristenzeitung Bd. 12, Jahrgang 1916.

Wieland Alfred, Willensmângel beim Beitritt zu einer Handelsgesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstage von Carl Wieland, herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Basel. Basel 1934.

Wieland Alfred, Willensmängel beim Beitritt zu Kapitalgesellschaften. Schweiz. Juristenzeitung Bd. 34, Jahrg. 1938.

Wieland Carl, Handelsrecht. 2 Bände, München und Leipzig, Jahrg. 1921 und 1931.

Wiener, Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründerverantwortlichkeit. Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht Bd. 24, Jahrg. 1879.

Wyß, Die Novelle vom 24. Juni 1937 zu den eidg. Stempelgesetzen. In Archiv für schweiz. Abgaberecht. 1937.

Wyß, Die Stempelabgaben der Aktiengesellschaften. Zürich 1938.